الشرط الجزائى

دراسة مقارنة

د/ محمد أحمد حسن محمود (*)

• **المقدمة:**

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين الذي جاءنا بالشريعة السمحة، التي تأمر بالوفاء بالعقود، وتعمل على حفظ الأموال.

وبعد،،،

هذا بحث موجز عن "الشرط الجزائي"، قصدت به طرح رأى الفقه الإسلامي في هذا النوع من الشروط، الذي كثر عمل الناس به، لأنهم رأوا فيه تحقيق مصالحهم المشروعة، ولثقتهم في أن الشريعة الإسلامية كرمت الإنسان، واحترمت إرادته الحرة في اشتراط ما يشاء من الشروط في العقود، ما لم يكن في شيء منها تعارض مع ما نهي عنه.

وحتى يحقق البحث أهميته، ويجيب عن كل التساؤلات التي ترد في ذهن القارئ عند قراءة عنوانه، قسمته إلى مقدمة، وثلاثة مباحث وخاتمة، وثبت بأهم المصادر والمراجع.

ذكرت في **المقدمة** أهمية البحث لهذا الموضوع الهام، وخطته، ومنهجه.

وتناولت في **المبحث الأول:** تعريف الشرط الجزائي وأهم صوره.

وتناولت في **المبحث الثاني:** ضوابط الشروط المقرنة بالعقد.

وتناولت في **المبحث الثالث:** حكم الشرط الجزائي.

وفي **الخاتمة** اهتمت بإبراز نتائج بحثي هذا.

(*) أستاذ الدراسات الإسلامية المساعد- كلية الآداب – جامعة جنوب الوادي.

وقد نهجت فيه منهج التحليل والمقارنة والاستنباط، وقمت بتوثيق المعلومات الواردة به من مظانها المعتمدة، كما عزوت الآيات القرآنية إلى سورها، وخرجت الأحاديث النبوية الصحيحة وكتب السنة.

والله أسأل أن ينفع به، وإن يكون في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم

- **المبحث الأول: تعريف الشرط الجزائي وأهم صوره.**

المراد بالشرط الجزائى والداعى إليه:

الشرط الجزائى لم يكن معروفًا بهذا الاسم لدى فقهائنا الأقدمين، وإنما جاء ذكره في صور مسائل فقهية. ولعل أول وجود له في الفقه الإسلامى ما روى البخارى في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه: أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: "من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه. وقال أيوب؛ عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعامًا وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجئ فقال شريح للمشترى: أنت أخلفت فقضى عليه أهـ[1].

أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم وبينوا العوامل التى أدت إلى التوسع في الأخذ به فقال الأستاذ مصطفي الزرقاء: في أواخر العهد العثمانى اتسعت في الدولة (أى: العثمانية) التجارة الخارجية مع أوربا وتطورت أساليب التجارة الداخلية والصنائع وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذى أثر فنى جديد في استثمار مؤلفاته، أو مخترعاته، أو آثاره الفنيه مما سمى بالملكية الأدبية والصناعية. ..واتسع مجال عقود الاستصناع في التعامل

بطريق الإيصاء على المصنوعات مع العامل والمصانع الأجنبية وكذا عقود المتعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية إلى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس مما سمى "عقود التوريد "وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها. وقد ازدادت أيضًا قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرًا بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل. فلو أن متعهدًا بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطل العمل وعماله. ولو أن بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرر التاجر المشترى بخسارة. .. وكل متعاقد إذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده.

ولا يعوض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلى؛ لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذى يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاونًا منه أو امتناعًا، وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذى يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبى الشرط الجزائى أهـ(٢).

وذكر الدكتور عبد الرزاق السنهورى تعريف الشرط الجزائى وسبب تسميته بذلك فقال: يحدث كثيرًا أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضى كما هو الأصل ؛ بل يعمدان إلى الاتفاق مقدمًا على تقدير هذا التعويض، فيتفقان على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذى

يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير. هذا الاتفاق مقدمًا على التعويض يسمى "بالشرط الجزائى". وسمى بالشرط الجزائى؛ لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلى الذى يستحق التعويض على أساسه أهـ(٣).

وفي ضوء التفصيل السابق يمكن تعريف الشرط الجزائى بأنه: اتفاق يحدد - سلفا- فيه المتعاقدان التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه.

صور الشرط الجزائى:

الشرط الجزائى وإن كان يعنى اشتراط التعويض عن الضرر اللاحق في طريقة تنفيذ العقد - إلا أن له صورًا مختلفة باختلاف العقود والالتزامات.

فشروط المقاولة قد تتضمن شرطًا جزائيًا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازه.

ولائحة المصنع قد تتضمن شروطًا جزائية تقضى بخصم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة.

ومصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد أو الطيران قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذى تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد طرد أو فقد رسالة.

واشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضًا شرط جزائى ولكن من نوع مختلفة، إذ هو هنا ليس مقدارًا معينًا من النقود قدر به التعويض، بل هو تعجيل أقساط مؤجلة أهـ.

أغراض الشرط الجزائى:

هذا والأصل في الشرط الجزائى أن يكون تقديرًا مقدمًا للتعويض ولكن قد يستعمله المتعاقدان لأغراض أخرى:

من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيرًا على الضرر الذى يتوقعانه فيكون الشرط الجزائى بمثابة تهديد مالى.

وقد يتفقان على مبلغ صغير يقل كثيرًا عن الضـــرر المتوقــع فيكـــون الشرط الجزائى بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسئولية.

وقد يكون الغرض من الشرط الجزائى تأكيد التزام المتعهد عن الغيـــر بتحديد مبلغ التعويض الذى يكون مسئولاً عنه إذا لم يقم بحمل الغيـــر علـــى التعهد.

وقد يوضع شرط جزائى في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعــويض المستحق للمشترط في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحــو المنتفــع، فيمثــل الشرط الجزائى في هذه الحالة المصلحة المادية للمشـــترط فـــي اشـــتراطه لمصلحة الغير(٤).

وقد نصت المادة ٨٣ من القانون ٨٩ لسنة ٩٨ ولائحته التنفيذية على ما يلى:

"يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تمامًا للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة، فإذا تأخر جاز للســلطة المختصـــة إذا اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبارًا من بداية هذه المهلة والى أن يتم التسليم الابتدائى وذلك بواقع(١٪) عن كل أسبوع أو جزء منه بحيث لا يجاوز مجموعة الغرامـــة

(١٠٪) من قيمة العقد وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة. أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئًا من ذلك، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط.

وتوقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أى إجراء آخر"

ما يندرج تحته الشرط الجزائى من أنواع الشروط مع بيان وجه الاندراج:

نستعرض هنا بعض ما ورد من الأحاديث والآثار في الشروط المقترنة بالعقود من حيث الجملة وما ذكره بعض العلماء في تفسيرها وما بنوه عليها من تقسيم الشروط إلى قسمين: شروط صحيحة وشروط فاسدة، وما وضعوه من الضوابط لكل منهما، ليتسنى معرفة ما يندرج تحته الشرط الجزائى من هذه الضوابط، وما يلتحق به من المسائل التى يشبهها وأدرجوها تحتها أو جعلوها أمثلة شارحة لها.

روى البخارى في صحيحه(٥): "عن عروة أن عائشة رضى الله عنها أخبرته أن بريرة جاءت تستفتيها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا. فقالت لها عائشة: ارجعى إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى فعلت فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لها ﷺ: ابتاعى فأعتقى فإنما الولاء لمن أعتق، قال: ثم قام رسول الله ﷺ فقال: ما بال

أناس يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة شرط الله أحق وأوثق ".

قال ابن حجر في الفتح[٦]: قوله باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطًا ليس في كتاب الله، جمع في هذه الترجمة بين حكمين وكأنه فسر الأول بالثانى، وأن ضابط الجواز ما كان في كتاب الله، وسيأتى في كتاب الشروط أن المراد بما ليس في كتاب الله ما خالف كتاب الله. وقال ابن بطال: المراد بكتاب الله هنا حكمه: من كتابه أو سنة رسوله أو إجماع الأمة. وقال ابن خزيمة ليس في كتاب الله أى ليس في كتاب الله جوازه أو وجوبه، لا أن كل من شرط شرطًا لم ينطق به الكتاب يبطل.

وقال القرطبى: قوله ليس في كتاب الله، أى ليس مشروعًا في كتاب الله تأصيلاً ولا تفصيلاً.

وقال القرطبى: قوله ولو كان مائة شرط، يعنى أن الشروط الغير مشروعة باطلة ولو كثرت أهـ[٧].

وروى الشيخان عن عائشة رضى الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد.

قال ابن حجر: وهذا الحديث معدود من أصول الإسلام وقاعدة من قواعده، فإن معناه من اخترع ما لا يشهد له أصل من أصوله فلا يلتفت إليه، قال النووى: هذا الحديث مما ينبغى أن يعتنى بحفظه واستعماله في إبطال المنكرات وإشاعة الاستدلال به كذلك[٨]. فهذا الحديث مقدمة كبرى في إثبات كل حكم شرعى ونفيه.

وقوله: (رد) معناه مردود من إطلاق المصدر على اسم المفعول مثل:

خلق ومخلوق، ونسخ ومنسوخ، وكأنه قال: فهو باطل غير معتد به. واللفظ الثاني وهو قوله: من عمل[٩]،أعم من اللفظ الأول وهو قوله: من أحدث، فيحتج به في إبطال جميع العقود المنهية وعدم وجود ثمراتها المرتبة عليها، وفيه رد المحدثات، وأن النهى يقتضى الفساد لأن المنهيات كلها ليست من أمر الدين فيجب ردها، ويستفاد منه أن حكم الحاكم لا يغير ما في باطن الأمر لقوله: ليس عليه أمرنا، والمراد به أمر الدين وفيه أن الصلح الفاسد منتقض والمأخوذ عليه مستحق الرد أ.هـ[١٠].

وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله قاعدة عامة في العقود والشروط منها. فقال:[١١]

القاعدة الثالثة: في العقود والشروط فيها، فيما يحل منها ويحرم، وما يصح منها ويفسد. ومسائل هذه القاعدة كثيرة جدًا.

والذى يمكن ضبطه فيها قولان.

القول الأول أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك: الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته. فهذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبى حنيفة تتبنى على هذا وكثير من أصول الشافعى وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد. فإن أحمد قد يعلل أحيانًا بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس. كما قاله في إحدى الروايتين في وقف الإنسان على نفسه. وكذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد، ويقولون: ما خالف مقتضى العقد فهو باطل. أما أهل الظاهر فلم يصححوا لا عقدًا ولا شرطًا إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع. وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه واستصحبوا الحكم الذى قبله، وطردوا ذلك طردًا جاريًا. لكن خرجوا في كثير منه إلى أقوال ينكرها عليهم غيرهم.

وأما أبو حنيفة فأصوله تقتضى أنه يصحح في العقود شروطاً يخالف مقتضاها في المطلق. وإنما يصحح الشرط في المعقود عليه إذا كان العقد مما يمكن فسخه. ولهذا أبطل أن يشترط في البيع خيار[١٢]،ولا يجوز عنده تأخير تسليم المبيع بحال ولهذا منع بيع العين المؤجرة.

ولم يصحح في النكاح شرطاً أصلاً، لأن النكاح عنده لا يقبل الفسخ. ولهذا لا ينفسخ عنده بعيب أو إعسار أو نحوهما. ولا يبطل بالشروط الفاسدة مطلقاً[١٣].

والشافعي يوافقه على أن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل، لكنه يستثنى مواضع للدليل الخاص فلا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث، ولا استثناء منفعة المبيع ونحو ذلك مما فيه تأخير تسليم المبيع [١٤].ويجوز في النكاح بعض الشروط دون بعض، ولا يجوِّز اشتراطها دارها أو بلدها، ولا أن يتزوج عليها ولا يتسرى، ويجوِّز اشتراط حريتها وإسلامها. وكذلك سائر الصفات المقصودة على الصحيح من مذهبه، كالجمال ونحوه. وهو ممن يرى فسخ النكاح بالعيب والإعسار، وانفساخه بالشروط التى تنافيه، كاشتراط الأجل والطلاق ونكاح الشغار. بخلاف فساد المهر ونحوه [١٥].

وطائفة من أصحاب أحمد يوافقون الشافعى على معانى هذه الأصول، لكنهم يستثنون أكثر مما يستثنيه الشافعى، كالخيار أكثر من ثلاث، واشتراط المرأة على زوجها أن لا ينقلها ولا يزاحمها بغيرها، ونحو ذلك من المصالح. فيقولون: كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل. إلا إذا كان فيه مصلحة للمتعاقدين [١٦].

هؤلاء الفرق الثلاث يخالفون أهل الظاهر، ويتوسعون في الشروط أكثر

منهم، لقولهم بالقياس والمعانى وآثار الصحابة، ولما يفهمونه من معانى النصوص التى ينفردون بها عن أهل الظاهر. وعمدة هؤلاء الحديث الذى تضمن قصة بريرة وفيه: أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وفي رواية للبخارى: الولاء لمن أعتق وإن اشترطوا مائة شرط.

ولهم من هذا الحديث حجتان:

إحداهما: قوله: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل "فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث، ولا في الإجماع: فليس في كتاب الله، بخلاف ما كان في السنة، أو في الإجماع. فإنه في كتاب الله بواسطة دلالته على اتباع السنة والإجماع.

ومن قال بالقياس – وهم الجمهور – قالوا إذا دل على صحته القياس المدلول عليه بالسنة، أو بالإجماع المدلول عليه بكتاب الله: فهو في كتاب الله.

الحجة الثانية: أنهم يقيسون جميع الشروط التى تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لأن العلة فيه: كونه مخالفًا لمقتضى العقد. وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييرًا لما أوجبه الشرع، بمنزلة تغيير العبادات وهذا نكتة القاعدة. وهى أن العقود مشروعة على وجه، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع.

القول الثانى أن الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصًا أو قياسًا، وعند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه، أكثرها يجرى على هذا

القول. ومالك قريب منه، ولكن أحمد أكثر تصحيحًا للشروط. فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحًا للشروط منه.

وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يشتبه بدليل خاص من أثر أو قياس، لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعًا من الصحة، ولا يعارض ذلك بكونه شرطًا يخالف مقتضى العقد، أو لم يرد به نص. وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ والصحابة مالا تجده عند غيره من الأئمة. فقال بذلك وبما في معناه قياسًا عليه، وما اعتمده غيره في إبطال الشروط من نص، فقد يضعفه أو يضعف دلالته. وكذلك قد يضعف ما اعتمدوه من قياس وقد يعتمد طائفة من أصحابه عمومات الكتاب والسنة التى سنذكرها في تصحيح الشروط. كمسألة الخيار أكثر من ثلاث مطلقًا، فمالك يجوزه بقدر الحاجة، وأحمد في إحدى الروايتين عنه، يجوز شرط الخيار في النكاح أيضًا.

فيجوز للبائع أن يستثنى بعض منفعة المبيع، كخدمة العبد وسكنى الدار ونحو ذلك، وإذا كانت تلك المنفعة مما يجوز استبقاؤها في ملك الغير، اتباعًا لحديث جابر، لما باع النبي ﷺ جمله واستثنى ظهره إلى المدينة[١٧].

واستمر رحمه الله قائلاً: هذا القول هو الصحيح بدلالة الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعدم الدليل المنافي.

أما الكتاب: فقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾والعقود هى العهود.[١٨] وقال تعالى: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾[١٩] فقد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود، وهذا عام، وكذلك أمر بالوفاء بالعهد وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه، بدليل قوله: ﴿ولقد كانوا عاهدوا الله من

قبل﴾[٢٠] فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد، كالنذر والبيع، إنما أمر بالوفاء به.

والأحاديث في هذا كثيرة، مثل ما في الصحيحين عن عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: "أربع من كن فيه كان منافقًا خالصًا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر. "[٢١]

وفي الصحيحين عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "[٢٢] فدل على استحقاق الشروط بالوفاء وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها.

وروى البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال: قال الله تعالى: "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حرًا ثم أكل ثمنه ورجل استأجر أجيرًا فاستوفي منه ولم يعطه أجره "[٢٣] فذم الغادر. وكل من شرط شرطًا ثم نقضه فقد غدر.

فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهى عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك.

ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد، إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقًا ويذم من نقضها وغدر مطلقًا، كما أن قتل النفس لما كان الأصل فيه الحظر إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه، لم يجز أن يؤمر بقتل النفوس ويحمل على القدر المباح، بخلاف ما كان جنسه واجبًا، كالصلاة

والزكاة، فإنه يؤمر به مطلقًا. وإن كان لذلك شروط وموانع. فينهى عن الصلاة بغير طهارة، وعن الصدقة بما يضر النفس ونحو ذلك.

وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورًا به: علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده. ومقصود العقد: هو الوفاء به فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة.

وقد روى أبو داود عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم "(٢٤).

وقد روى الترمذى من حديث كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزنى عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا " (٢٥).

وهذا المعنى هو الذى يشهد له الكتاب والسنة فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله. فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجبًا بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجبًا ولا حرامًا، وعدم الإيجاب ليس نفيًا بالإيجاب حتى يكون المشترط مناقضًا للشرع، وكل شرط صحيح فلابد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجبًا، فإن المتبايعين يجب لكل منهما على الآخر من الأقباض ما لم يكن واجبًا، ويباح أيضًا لكل منهما ما لم يكن مباحًا، ويحرم على كل منهما ما لم يكن حرامًا. وكذلك كل من المتاجرين والمتناكحين. وكذلك إذا اشترط صفة في

البيع، أو رهنًا، أو اشترطت المرأة زيادة على مهر مثلها، فإنه يجب، ويحرم ويباح بهذا الشرط ما لم يكن كذلك.

وهذا المعنى هو الذى أوهم من اعتقد أن الأصل فساد الشروط، قال: لأنها إما أن تبيح حرامًا، أو تحرم حلالاً، أو توجب ساقطًا، أو تسقط واجبًا، وذلك لا يجوز إلا بإذن الشارع وأوردت شبهة عند بعض الناس حتى تـوهم أن هذا الحديث متناقض، وليس كذلك، بل كل ما كان حرامًا بدون الشـرط: فالشرط لا يبيحه، كالربا.

وأما ما كان مباحًا بدون الشرط: فالشرط يوجبه، كالزيادة فـي المهـر والثمن والرهن، وتأخير الاستيفاء. فإن الرجل له أن يعطى المرأة، ولـه أن يتبرع بالرهن وبالأنظار، ونحو ذلك، فإذا شرطه صار واجبًا.

وأما الاعتبار فمن وجوه. أحدها: أن العقود والشروط من باب الأفعـال العادية: والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يـدل ذلك على التحريم، كما أن الأعيان: فيها عدم التحريم والأصل إذا لـم يكـن حرامًا لم تكن فاسدة، وكانت صحيحة وقوله تعالى "وقد فصل لكم ما حـرم عليكم "[٢٦] عام في الأعيان والأفعال.

- وأيضًا فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم فثبت بالاستصـحاب العقلى وانتفاء الدليل الشرعى عدم التحريم فيكون فعلها إما حـلالاً وإما عفوا، كالأعيان التى لم تحرم
- وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم مـن

النصوص العامة والأقيسة الصحيحة، والاستصحاب العقلى، وانتفاء الحكم لانتفاء دليله، فإنه يستدل به على عدم تحريم العقود والشروط فيها، سواء سمى ذلك حلالاً أو عفوًا.

- وأيضًا فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، لأن الله قال في كتابه العزيز: "إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم "[٢٧].وقال تعالى "فإن طبن لكم عن شئ منه نفسًا فكلوه هنيئًا مريئًا "[٢٨]فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق فكذلك سائر التبرعات، قياسًا عليه بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن. وكذلك قوله: "إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم "لم يشترط في التجارة إلا التراضى وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة. وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة، أو طابت نفس المتبرع بتبرع: ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك.
- وأيضا فإن العقود والشروط لا تخلو، إما أن يقال: لا يحل ولا يصح، إن لم يدل على حلها دليل شرعى خاص من نص أو إجماع أو قياس عند الجمهور أو يقال: لا تحل وتصح حتى يدل على حلها دليل سمعى، وإن كان عامًا، أو يقال: تصح ولا تحرم إلا أن يحرمها الشارع بدليل خاص أو عام.

والقول الأول: باطل ؛ لأن الكتاب والسنة دلا على صحة العقود والقبوض التى وقعت في حال الكفر، وأمر الله بالوفاء بها إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شيء محرم. فقال: سبحانه في آية الربا: "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين "[٢٩] فأمرهم بترك ما بقى لهم من الربا في الذمم، ولم يأمرهم برد ما قبضوه بعقد الربا، بل مفهوم الآية – الذى اتفق العمل عليه – يوجب أنه غير منهى عنه. ولذلك فإن النبى ﷺ أسقط عام حجة الوداع الربا الذى في الذمم، ولم يأمرهم برد المقبوض. وقال ﷺ: "أيما قَسْمٍ قُسِمَ في الجاهلية فهو على ما قسم وأيما قَسْمٍ أدركه الإسلام فهو على قَسْمِ الإسلام "[٣٠] وأقر الناس على أنكحتهم التى عقدوها في الجاهلية، ولم يستفصل: هل عقد به في عدة أو غير عدة ؟ بولى أو بغير ولى ؟ بشهود أو بغير شهود ؟ ولم يأمر أحدًا بتجديد نكاح ولا بفراق امرأته، إلا أن يكون السبب المحرم موجودًا حين الإسلام. ..كما أمر غيلان بن سلمة الثقفي الذى اسلم وتحته عشرُ نسوة أن يمسك أربعًا ويفارق سائرهن وكما أمر فيروزًا الديلمى الذى أسلم وتحته أختان أن يختار إحداهما ويفارق في الأخرى، وكما أمر الصحابة من أسلم من المجوس أن يفارق ذوات المحارم "[٣١] ولهذا اتفق المسلمون على أن العقود التى عقدها الكفار يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين، وإن كان الكفار لم يعقدوها بإذن الشارع.

وأيضًا فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقودًا ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها، فإن الفقهاء جميعهم – فيما أعلمه – يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها، وإن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد ولا يقول أحد لا يصح العقد إلا الذى يعتقد العاقد أن الشارع أحله.

فلو كان إذن الشارع الخاص شرطًا في صحة العقود: لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه كما لو حكم الحاكم بغير اجتهاد، فإنه آثم، وإن كان قد صادف الحق.

وأما إن قيل: لابد من دليل شرعي يدل على حلها، سواء كان عامًا أو خاصًا، فعنه جوابان.

أحدهما: المنع كما تقدم.

والثانى: أن نقول: قد دلت الأدلة الشرعية العامة على حل العقود والشروط جملة، إلا ما استثناه الشارع. فلم يبق إلا القول الثالث وهو المقصود.

وأما قوله ﷺ "أيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق "[٣٢] فالشرط يراد به المصدر تارة، والمفعول أخرى

وكذلك الوعد والخلف. ومنه قولهم: درهم ضرب الأمير، والمراد به هنا – والله أعلم – المشروط لا نفس التكلم. ولهذا قال: "وإن كان مائة شرط "أى: وإن كان قد شرط مائة شرط، وليس المراد تعديد التكلم بالشرط وإنما المراد تعديد الشرط. والدليل على ذلك قوله: "كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق "أى: كتاب الله أحق من هذا الشرط، وشرط الله أوثق منه. وهذا إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى.

وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله، فلم يخالف كتاب الله وشرطه، حتى يقال: "كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق "فيكون المعنى: من اشترط أمرًا

ليس في حكم الله ولا في كتابه، بواسطة وبغير واسطة: فهو باطل، لأنه لابد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط، ولما لم يكن في كتاب الله: أن الولاء لغير المعتق أبدًا كان هذا المشروط – وهو ثبوت الولاء لغير المعتق – شرطًا ليس في كتاب الله. فانظر إلى المشروط إن كان أصلاً أو حكمًا. فإن كان الله قد أباحه: جاز اشتراطه ووجب. وإن كان الله لم يبحه: لم يجز اشتراطه. فإذا شرط الرجل أن لا يسافر بزوجته. فهذا المشروط في كتاب الله، لأن كتاب الله يبيح أن لا يسافر بها. فإذا شرط عدم السفر فقد شرط مشروطًا مباحًا في كتاب الله.

فمضمون الحديث: أن المشروط إذا لم يكن من الأفعال المباحة، أو يقال: ليس في كتاب الله. أى: ليس في كتاب الله نفيه، كما قال: "سيكون أقوام يحدثونكم بما لم تعرفوا أنتم ولا آباؤكم "(٣٣) أى: بما تعرفون خلافه. وإلا فما لا يعرف كثير.

ثم نقول إذا لم يرد النبى ﷺ أن العقود والشروط التى لم يبحها الشارع تكون باطلة، بمعنى أنه لا يلزم بها شئ، لا إيجاب ولا تحريم، فإن هذا خلاف الكتاب والسنة، بل العقود والشروط المحرمة قد يلزم بها أحكام فإن الله قد حرم عقد الظهار في نفس كتابه، وسماه "منكرًا من القول وزورًا "(٣٤) ثم إنه أوجب به على من عاد: الكفارة، ومن لم يعد: جعل في حقه مقصود التحريم من ترك الوطء أو ترك العقد. وكذا النذر. فإن النبى ﷺ نهى عن النذر، كما ثبت ذلك عنه من حديث أبى هريرة وابن عمر فقال: "إنه لا يأتى بخير"(٣٥) ثم أوجب الوفاء به، إذا كان طاعة في قوله ﷺ "من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه "(٣٦).

قد ذكرنا ما في الكتاب والسنة والآثار من الأدلة الدالة علـــى وجـــوب الوفاء بالعهود والشروط عمومًا، وإن المقصود هو وجوب الوفاء بها. وعلى هذا التقدير. فوجوب الوفاء بها يقتضى أن تكون مباحة. فإنه إذا وجب الوفاء بها لم تكن باطلة، وإذا لم تكن باطلة كانت مباحة. وذلك لأن قوله: "ليس في كتاب الله "إنما يشمل ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه إنما ما دل كتاب الله على إباحته بعمومه. فإنه في كتاب الله، لأن قولنا: هذا في كتاب الله يعم ما هو فيه بالخصوص أو بالعموم. وعلى هذا معنى قولـــه تعـــالى: "ونزلنا عليك الكتاب تبيانًا لكل شئ "(٣٧) وقولـــه: "ولكن تصديق الذى بـــين يديه "(٣٨).وقوله:"ما فرطنا في الكتاب من شئ"(٣٩)على قول من جعل الكتاب هو القرآن. وأما على قول من جعله اللوح المحفوظ: فلا يجئ ههنا.

يدل على ذلك: أن الشرط الذى بينا جوازه بسنة أو إجمـــاع: صـــحيح بالإنفاق فيجب أن يكون في كتاب الله. وقد لا يكون في كتاب الله بخصوصه. ولكن في كتاب الله الأمر باتباع السنة واتباع سبيل المؤمنين. فيكون في كتاب الله بهذا الاعتبار، لأن جامع الجامع جامع، ودليل الدليل دليل بهذا الاعتبـــار أهـ.

وقال ابن حزم: مسألة – وكل شرط وقع في بيع منهما أو من أحـــدهما يرضى الآخر فإنهما إن عقداه قبل عقد البيع أو بعد تمـــام البيـــع بـــالتفرق بالأبدان أو بالتخيير أو في أحد الوقتين – يعنى قبل العقد أو بعـــده – ولـــم يذكراه في حين عقد البيع فالبيع صحيح تام والشرط باطل لا يلزم، فإن ذكرا ذلك الشرط في حال عقد البيع فالبيع باطل مفسوخ والشرط باطل أى شـــرط كان لا تحاش شيئًا إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمـــة والبيـــع صـــحيح إن

اشترطت في البيع وهي: اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى واشتراط تأخير الثمن إن كان دنانير أو دراهم إلى أجل مسمى، واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلا، واشتراط صفات المبيع التى يتراضيانها معًا ويتبايعان ذلك الشئ على أنه بتلك الصفة، واشتراط أن لا خلابة [٤٠]. وبيع العبد والأمة فيشترط المشترى مالهما أو بعضه مسمى معينًا أو جزءًا منسويًا مشاعًا في جميعه سواء كان مالهما مجهولاً كله أو معلومًا كله أو معلومًا بعضه مجهولاً بعضه، أو بيع أصول نخل فيه ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده فيشترط المشترى الثمرة لنفسه أو جزءًا معينًا منها أو مسمى مشاعًا في جميعها. فهذه ولا مزيد وسائرها باطل كما قدمنا، كمن باع مملوكًا بشرط العتق أو أمة بشرط الإيلاد، أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة قلت أو كثرت أو إلى مكان مسمى قريب أو بعيد، أو دارًا واشترط سكناها ساعة، فما فوقها أو غير ذلك من الشروط كلها.

برهان ذلك ما رويناه من طريق أبى داود حدثنا القعنبى وقتيبة بن سعيد قالا جميعًا: نا الليث – هو ابن سعد – عن أبن شهاب عن عروة بن الزبير قال: أن عائشة أم المؤمنين أخبرته "أن رسول الله ﷺ قام فقال: ما بال أناس يشترطون شروطًا. .... الحديث[٤١].

فهذا الأثر كالشمس صحة وبيانا يرفع الأشكال كله: فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكرنا كان كل عقد من بيع أو غيره عقد على شرط باطل باطلاً. ولابد لأنه عقد على أنه لا يصح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له فلا صحة لما عقد بأن لا صحة له إلا بصحة ما لا يصح.

قال أبو محمد: وأما تصحيحنا الشروط السبعة التي ذكرنا فإنها منصوص على صحتها، وكل ما نص رسول الله ﷺ فهو في كتاب الله عز وجل قال تعالى: ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾(٤٢). وقال تعالى: ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾(٤٣) فأما اشتراط الرهن في البيع إلى أجل مسمى فلقوله تعالى: "ولم تجدوا كاتبًا فرهان مقبوضة "(٤٤) وأما اشتراط الثمن إلى أجل مسمى فلقوله تعالى: "إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"(٤٥) وأما اشتراط أن لاخلابة فقد ذكرنا الخبر في ذلك قبل هذا المكان بنحو أربع مسائل (٤٦) وأما اشتراط الصفات التي يتبايعان عليها من السلامة: أو من أن لا خديعة ومن صناعة العبد، أو الأمة. أو سائر صفات المبيع فلقول الله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم"(٤٧) فنص تعالى على التراضي منهما والتراضي لا يكون إلا على صفات المبيع، وصفات الثمن ضرورة. أما اشتراط الثمن إلى الميسرة فلقول الله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسره "(٤٨). وأما مال العبد أو الأمة واشتراطه، واشتراط ثمر النخل المؤبر فلما روينا من طريق عبدالرزاق نامعمر عن الزهرى عن سالم بن عبدالله بن عمر عن أبيه: "أن رسول الله ﷺ قال "من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا إن اشترطه المبتاع ومن باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع "(٤٩).

قال أبو محمد: ولو وجدنا خبرًا يصح في غير هذه الشروط باقيًا غير منسوخ لقلنا به ولم نخالفه. (٥٠)

وقد جاءت عن الصحابة رضى الله عنهم آثار في الشروط في البيع خالفوها، فمن ذلك ما روينا من طريق عبدالرزاق عن معمر عن الزهرى

عن سعيد بن المسيب قال: قال أصحاب رسول الله ﷺ: وددنا لو أن عثمان بن عفان. وعبدالرحمن بن عوف قد تبايعا حتى ننظر أيهما أعظم جدًا في التجارة فاشترى عبدالرحمن بن عوف من عثمان فرسًا بأرض أخرى بأربعين ألفًا أو نحوها إن أدركتها الصفقة وهى سالمة ثم أجاز قليلاً ثم رجع فقال: أزيدك ستة آلاف إن وجدها رسولى سالمة قال: نعم. فوجدها رسول عبدالرحمن قد هلكت وخرج منها بالشرط الآخر، قيل للزهرى: فإن لم يشترط قال: فهى من البائع، فهذا عمل عثمان، وعبد الرحمن بحضرة الصحابة رضى الله عنهم وعلمهم، لا مخالف لهم يعرف منهم ولم ينكر ذلك سعيد وصوبه الزهرى فخالف الحنيفيون والمالكيون والشافعيون كل هذا وقالوا: لعل الرسول يخطئ أو يبطئ أو يعرضه عارض فلا يدرى متى يصل وهم يشنعون مثل هذا إذا خالف تقليدهم.

ومن طريق وكيع نا محمد بن قيس الأسدى عن عون بن عبدالله عن عتبة بن مسعود قال: إن تميما الدارى باع داره واشترط سكناها حياته وقال: إنما مثلى مثل أم موسى رد عليها ولدها وأعطيت أجر رضاعها، ومن طريق وكيع عن سفيان الثورى عن أبى إسحاق السبيعى عن مرة بن شراحيل قال: باع صهيب داره من عثمان واشترط سكناها، وبه يأخذ أبو ثور فخالفوه ولا مخالف لذلك من الصحابة ممن يجيز الشرط في البيع. (٥١)

- **المبحث الثاني: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد:**

وضع فقهاء الإسلام ضوابط للشروط المقترنة بالعقد صحيحها وفاسدها وذكروا كثيرًا من المسائل وأمثلة للقسمين وسوف نعرض لهذه الضوابط مع مقارنة بينها.

١- الشرط الصحيح

يكون الشرط المقترن بالعقد صحيحًا، فيصح معه العقد، إذا كان:

أ- شرطا يقتضيه العقد.

ب- أو شرطا يلائم العقد.

ج- أو شرطا جرى به التعامل بين الناس.

أ- الشرط الذى يقتضيه العقد:

قال الكاسانى: "وأما الشرط الذى يقتضيه العقد فلا يوجب فساده، كما إذا اشترط أن يتملك المبيع، أو باع بشرط أن يتملك الثمن، أو باع بشرط أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن، أو اشترى على أن يسلم المبيع، أو اشترى جارية على أن تخدمه، أو دابة على أن يركبها، أو ثوبًا على أن يلبسه، أو حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البائع، ونحو ذلك، فالبيع جائز، لأن البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط، فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرًا لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد أ.هـ[٥٢].

وجاء في شرح الخرشى "وبقى شرط يقتضيه العقد، وهو واضح الصحة، كشرط تسليم المبيع والقيام بالعيب ورد العوض عند انتقاض البيع. وهو لازم دون شرط، فشرطه تأكيد " أ.هـ[٥٣].

وفي المهذب للشيرازى: "إذا شرط في البيع شرطًا نظرت، فإن كان شرطًا يقتضيه البيع. كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما، لم يبطل العقد، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، فلم يبطله أ.هـ[٥٤].

وفي المغنى لابن قدامة: "والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام (أحدها) ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكمًا ولا يؤثر في العقد ".أهـ[٥٥].

صحة الشرط الذى يقتضيه العقد أمر بدهى:

ويتبين من النصوص المتقدمة الذكر أن الشرط الذى يقتضيه العقد لا خلاف في صحته، بل إن صحته أمر بدهى، إذ هو محض تقرير لمقتضى العقد، ومقتضى العقد لازم دون شرط، فشرطه تأكيد وبيان كما سبق.

ب- الشرط الذى يلائم العقد:

قال الكاسانى: "وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضًا، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد. وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهنًا أو كفيلاً، والرهن معلوم، والكفيل حاضر فقبل. وجملة الكلام في البيع بشرط إعطاء الرهن أن الرهن لا يخلو إما أن يكون معلومًا أو مجهولاً. فإن كان معلومًا فالبيع جائز استحسانًا، والقياس ألا يجوز، لأن الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدًا، إلا أنا استحسنا الجواز، لأن هذا الشرط لو كان مخالفًا مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى، لأن الرهن بالثمن شرع توثيقًا للثمن وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحد منهما مقررًا لمقتضى العقد معنى، فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وأنه لا يوجب فساد العقد، فكذا هذا.

ولو قبل المشترى المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن، لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يجبر عليه. وجه قوله أن الرهن إذا شرط في البيع فقد صار حقًا من حقوقه، والجبر على التسليم من

حقوق البيع فيجبر عليه. ولنا أن الرهن عقد تبرع في الأصل، واشتراطه في البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعًا، والجبر على التبرع ليس بمشروع، فلا يجبر عليه(٥٦).

وجاء في مواهب الجليل للحطاب: "قال في البيوع الفاسدة: منها وإن بعته على حميل لم تسمياه ورهن لم تصفاه جاز، وعليه الثقة ورهن وحميل. وإن سميتما الرهن أجبر على أن يدفعه إليه إن امتنع وليس هذا من الرهن الذى لم يقبض. وكذلك إن تكفلت به على أن يعطيك عبده رهنًا فإن امتنع من دفعه إليك أجبراه. .... وقال ابن الحاجب في باب الرهن: ويجبر البائع وشبهه في غير معين في التوضيح، يعنى من باع سلعة بثمن مؤجل على شرط أن يأخذ منه رهنًا به، فإن كان الرهن المشترط غير معين، وأبى المشترى دفعه. خير البائع وشبهه من وارث وموهوب له في فسخ البيع وإمضائه. والذى نقله ابن المواز عن أشهب ونقله اللخمى وابن راشد أنه يجبر على دفع رهن يكون فيه الثقة باعتبار ذلك الدين أ.هـ(٥٧).

وجاء في شرح المنهاج للرملي: "والرهن للحاجة إليه، لاسيما في معاملة من لا يعرف حاله. وشرطه العلم به. إما بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم. ثم الكلام هنا في وصف لم يرد على عين معينه. فهو مساو لما مر من أن الوصف لا يجزئ عن الرؤية لأنه في معين لا موصوف في الذمة خلافًا لمن وهم فيه، وأن يكون غير البيع فلو شرط برهنه إياه ولو بعد قبضه فسد، لأنه لا يملكه إلا بعد البيع، فهو بمنزلة استثناء منفعة في البيع. فلو رهنه بعد قبضه بلا شرط مفسد صح والكفيل للحاجة إليه أيضًا(٥٨).

وجاء في الشرح الكبير للمقنع "الثانى: شرط من مصلحة العقد.

كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة. أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتبًا أو خطيبًا أو صانعًا أو مسلمًا أو الأمة بكرًا أو الدابة هملاجة أو الفهد صيودًا، فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به. فإن لم يف به فللمشترى الفسخ والرجوع بالثمن. أهـ(٥٩)

ما يجب لصحة الشرط الذى يلائم العقد

الأمثلة: التى وردت في النصوص المتقدمة عن الشرط الذى يلائم العقد هى:

١- شرط أخذ الرهن بالثمن .

٢- شرط أخذ الكفيل بالثمن.

وهما شرطان يلائما العقد فهما وإن كان العقد لا يقتضيهما، إلا أنهما لا يتعارضان معه ولا يتنافيان مع أحكامه بل هما من مصلحة العقد، وتتعلق بها مصلحة العاقدين.

على أن المذاهب تختلف عندما تقرر ما يجب لصحة الشرط الذى يلائم العقد ففي المذهب الحنفي إذا كان الرهن الذى يتوثق الثمن به مجهولاً، أو كان الكفيل مجهولاً، أو كان غير حاضر في المجلس، أو كان حاضرًا ولم يقبل الكفالة، فإن الشرط يكون فاسدًا ويفسد معه البيع. أما في الرهن فلأن جواز هذا الشرط - مع أن القياس يأباه - لكونه ملائمًا للعقد، مقررًا لمقتضاه معنى لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن. ولا يحصل ذلك إلا بالتسليم وأنه لا يتحقق في المجهول. وأما في الكفيل فلأن الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد.

فإذا كان الكفيل غائبًا أو حاضرًا ولم يقبل، لم تصح الكفالة، فلم يحصل

معنى التوثيق، فبقى الحكم على ما يقتضيه القياس. وكـذا إذا كـان الكفيـل مجهولاً فالبيع فاسد لأن كفالة المجهول لا تصح، فلابد إذن لصحة الشـرط الملائم للعقد أن يكون تامًا نافذ الأثر وقت العقد، فيقبل الكفالة بالثمن، ويسلم المشترى الرهن للبائع، وذلك كله قبل انفضاض مجلس العقد.

والظاهر من النصوص أن الشافعية والحنابلة كالحنفية في وجوب تعيين المرهون وتعيين الكفيل بالذات، فلا يكفي وصف الكفيل بالثقة. ولكن يبدو أن الشافعية والحنابلة لا يتشددون تشدد الحنفية في وجـوب أن يكـون الكفيـل حاضرًا في مجلس العقد، وأن يقبل الكفالة قبل انفضاض المجلس فيكفـي أن يكون كل من الرهن والكفيل معينًا معلومًا على الوجه الذى قدمناه، فإن لـم يسلم المشترى الرهن للبائع قبل العقد، أو لم يقبل الكفيل الكفالة أو مات قبـل القبول خير البائع إذا لم ينقده المشترى الثمن.

أما المذهب المالكى فهو أوسع المذاهب في هذه المسألة. فعنـده يصـح الشرط حتى لو لم يكن الرهن أو الكفيل معينًا.

ومعنى ذلك:

أ- أن المذهب الحنفي يهتم بالالتزام الفعلى بوجود الـرهن أو الكفيـل وقت انعقاد البيع.

أما الشافعية والحنابلة فيكفي عندهم الالتزام مع التعيين وقت العقد.

أما المالكية فيكفي عندهم الالتزام دون تعيين وقت العقد.

ب- لم يجز الحنفية الشرط الذى يلائم العقد إلا اسـتثناء علـى سـبيل الاستحسان، ملحقين إياه في المعنى بالشرط الذى يقتضيه العقد. وإلا فـإن الشرط، ولو لاءم العقد ما دام العقد لا يقتضيه لا يجوز على مقتضى القياس

عند الحنفية، فإن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقدًا في عقد وهذا لا يجوز وإنما صح هذا الشرط على سبيل الاستحسان.

جاء في المبسوط: وذلك نحو ما إذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهنًا فإن كان معلومًا فالبيع جائز استحسانًا، والقياس ألا يجوز لأن الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسدًا، إلا أننا استحسنا الجواز لأن هذا الشرط لو كان مخالفًا مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى(٦٠).

أما في المذهب الشافعى، فالظاهر أن الشرط الذى يلائم العقد يصح أصلاً لا استثناء.

وأما المذهبان المالكى والحنبلى فيبدو أنهما يجيزان الشرط الملائم للعقد على اعتبار أن هذا الشرط إذا كان العقد لا يقتضيه فإنه لا ينافي مقتضى العقد وهو من مصلحته، وما لا ينافي مقتضى العقد فهو جائز مادامت فيه مصلحة للعقد وللمتعاقدين.

ويظهر أن الفرق بين المذهب الحنفي وهذين المذهبين في هذا الصدد أن الحنفية يوجبون لصحة الشرط في الأصل أن يكون العقد يقتضيه، ثم هم يجيزون استثناء – على سبيل الاستحسان لا على سبيل القياس- الشرط الذى يلائم العقد، لأنه يشبه في المعنى الشرط الذى يقتضيه العقد، فيلحق به ،أما المذهبان الآخران فعندهما أنه ليس من الضرورى لصحة الشرط أن يكون العقد يقتضيه. بل يكفي أن يكون الشرط لا ينافي مقتضى العقد، فيصح الشرط الذى يقتضيه العقد، كما يصح الشرط الذى يلائم العقد لأنه لا ينافي ما يقتضيه، والصحة في هذا الشرط وفي ذاك إنما ترد على سبيل الأصل لا على سبيل الاستثناء(٦١).

ج- الشرط الذى يجرى به التعامل:

النصوص:

جاء في البدائع "كذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضًا، لكن للناس فيه تعامل (عرف ظاهر)، فالبيع جائز، كما إذا اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفًا، أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز[٦٢].

ولا يزال الشرط الذى يجرى به التعامل إنما تثبت له الصحة في المذهب الحنفي على سبيل الاستحسان. أما في القياس فهو لا يجوز، لأن فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقدًا في عقد.

قال الكاسانى: ولنا أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع[٦٣].

٢- الشرط الفاسد في المذاهب:

لما كان المذهب الحنفي هو أضيق المذاهب في إباحة الشروط المقترنة بالعقد، ومن ثم كان الشرط الفاسد في هذا المذهب واسع المدى، لذلك نبدأ ببحث المذهب الحنفي.

أولاً: المذهب الحنفي

يجب التمييز في المذهب الحنفي بين حالتين:

أ- حالة فيها الشرط الفاسد يفسد العقد.

ب- وحالة فيها الشرط الفاسد يلغو دون أن يفسد العقد، فيسقط الشرط ويبقى العقد.

١- شرط فاسد يفسد العقد:

قال الكاسانى: "ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشترى أو للمبيع إن كان من بنى آدم كالرقيق، وليس بملائم للعقد، ولا مما جرى به التعامل بين الناس، ونحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرًا ثم يسلمها إليه، أو ثوبًا على أن يلبسه أسبوعا أو على أن يقرضه المشترى قرضًا. أو على أن يهب له هبة، أو شيئًا له حمل ومؤونة على أن يحمله البائع إلى منزله، ونحو ذلك. فالبيع في هذا كله فاسد، لأنه زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا، والبيع الذى فيه الربا فاسد، أو فيه شبهة الربا، وأنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشترى أو على أن يستولدها، فالبيع فاسد، لأنه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد وكذا لو باع عبدا أو جارية بشرط ألا يبيعه وألا يهبه وألا يخرجه من ملكه، فالبيع فاسد، لأن هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الأيدى فيكون مفسدا للبيع وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه جائز، وبه أخذ الشافعى رحمه الله(٦٤).

علل الفساد:

علل النص السابق فساد الشرط والعقد في هذه الصور بعلتين مختلفين:

العلة الأولى: أن الشرط يتضمن منفعة مشروطة في عقد البيع، وهى زيادة لا يقابلها عوض، فهى ربا أو فيها شبهة الربا، والمبيع الذى فيه الربا أو شبهة الربا فاسد.

العلة الثانية: أن الشرط لا يقتضيه العقد حتى يصح قياسًا، ولا هو ملائم

للعقد أو يجرى به التعامل حتى يصح استحساناً، وقد تضمن منفعة تجوز المطالبة بها، فصار في ذاته عقداً آخر – إجارة أو إعارة أو بيعاً أو قرضاً أو هبة أو غير ذلك – تضمنه عقد البيع. وقد نهى النبى ﷺ عن بيع وشرط، وعن بيع وسلف، وعن بيعتين في بيعة واحدة، وعن صفقتين في صفقة واحدة.(٦٥)ومهما يكن من شأن صحة بعض هذه الأحاديث، فقد أخذ بها المذهب الحنفى.

ولكن ما العقود التى يكون فيها الشرط الفاسد مفسداً للعقد؟

الظاهر: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد إلا إذا كان مبادلة مال بمال، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال وقد ورد في مرشد الحيران: "كل ما كان مبادلة مال بمال، كالبيع والشراء والايجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال، لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد ولا تعليقه به، بل تفسد إذا اقترنت أو علقت به. ..ومثل ذلك إجازة هذه العقود فإنها تفسد باقترانها بالشرط الفاسد وبتعليقها به.

أما ما كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والخلع على مال، أو كان من التبرعات كالهبة والقرض، أو من الاسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد وجوبها، وكذلك الإقالة والرهن والكفالة والحوالة والوكالة والإيصاء والوصية، ففي هذه التصرفات كلها إذا اقترن العقد بالشرط الفاسد، صح العقد ولغى الشرط. (٦٦)

ويتضح مما تقدم أن الشرط الفاسد إذا اقترن بعقد هو مبادلة مال بمال تغلغل في صلبه فأفسده معه. والسبب في ذلك أن الشرط لما كان فاسداً فقد سقط، ولما كان العاقد قد رضى بمبادلة ماله بمال المتعاقد الآخر على هذا

الشرط. وقد فات عليه. فيكون غير راض بالمبادلة، فيفسد العقد. وفي هذا يقول صاحب المبسوط: "لأن الشرط باطل في نفسه. والمنتفع به غير راض بدونه "[٦٧].وهذا السبب لا يقوم في التصرفات الأخرى ومن ثم يسقط الشرط لأنه فاسد، ولكن يبقى العقد على صحته.

٢- شرط فاسد يسقط ويبقى العقد

جاء في البدائع: "إذا باع ثوبًا على ألا يبيعه لمشترى أو لا يهبه أو دابة على ألا يبيعها أو يهبها، أو طعامًا على ألا يأكله ولا يبيعه، ذكر في المزارعة ما يدل على جواز البيع، فإنه قال: لو شرط أحد المزارعين في الزراعة على ألا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل، وفي الإملاء عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد. ووجهه أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس، فيكون مفسدا كما في سائر الشرائط المفسدة والصحيح ما ذكر في المزارعة لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجبه الفساد، وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض. ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لا منفعة فيه لأحد، إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد، فالعقد جائز والشرط باطل[٦٨].

فهنا يذهب الفقه الحنفي إلى أن الشرط المقترن بعقد البيع لا منفعة فيه لأحد ولما كان هذا الشرط لا يقتضيه العقد، ولا هو يلائم مقتضى العقد، ولم يجر به التعامل، فليس ثمة ما يبرر تصحيحه، ومن ثم كان فاسدًا فيسقط. ولكن العقد يبقى صحيحًا.

على أن هذا الشرط الفاسد الذى لا منفعة فيه لأحد، لما لم يكن له

مطالب لانعدام منفعته والمطالبة إنما تتوجه بالمنفعة، فهو شرط لم يتمكن في صلب العقد حتى يسري فساده إلى العقد، ومن ثم يبقى العقد صحيحًا بالرغم من سقوط الشرط، فالشرط من حيث أنه فاسد يسقط ومن حيث أنه لا منفعة فيه لأحد يستبقى العقد صحيحًا. وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي.

ويذكر المذهب لهذا الحكم علتين:

العلة الأولى: أن الشرط الذى يفسد العقد إنما أفسده لأن فيه زيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض إذ هو شرط فيه منفعة على النحو الذى بيناه، فكان في ذلك ربا أو شبهة الربا. والربا وشبهته يفسدان العقود. أما الشرط الذى نحن بصدده فليس فيه منفعة لأحد ولا مطالب له، فلم يوجد فيه معنى الزيادة التى يقابلها عوض، فانعدمت فيه شبهة الربا، فلم يعد هناك مبرر لفساد العقد، فيبقى العقد صحيحًا، مع سقوط الشرط لفساده.

العلة الثانية: أن الشرط الذى يفسد العقد إنما أفسده، من جهة أخرى، لأن فيه منفعة لها مطالب، فكان صفقة في صفقة أو عقدًا تضمنه عقد آخر، وهذا لا يجوز أما الشرط الذى لا منفعة فيه لأحد وليس له مطالب، فهو ليس بصفقة أو عقد، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة في صفقة أو عقدًا في عقد، فارتفع سبب الفساد عن البيع، فبقى على صحته، مع سقوط الشرط لفساده.

ثانيًا: الشرط في المذهب الشافعى

يقترب المذهب الشافعى من المذهب الحنفي كثيرًا في الشروط:

فالشرط الذى يقتضيه العقد صحيح بداهة كالتسليم والرد بالعيب، لأنه معمول به من غير حاجة إلى أن يذكر ولأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله.

والشرط الذى يلائم العقد، ويدعى في الفقه الشافعى بالشرط الذى فيه مصلحة للعقد أو الشرط الذى تدعو إليه الحاجة، صحيح أيضًا ويصح معه العقد، وليس ذلك على سبيل الاستثناء كما هو الأمر في المذهب الحنفي. بل هو أصل يقوم بذاته، ومن أمثلة الشرط الذى فيه مصلحة للعقد اشتراط الإشهاد على العقد واشتراط كتابته في صك، واشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن.

جاء في المهذب "إذا شرط في البيع شرطًا نظرت فإن كان شرطًا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله، فإن شرط مالا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك. .. ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد "(٦٩).

ولعل الفقه الشافعى لا يميز بين الشرط الذى يلائم العقد والشرط الذى تدعو إليه حاجة التعامل، فهما عنده شئ واحد. إذ هو يتحدث عن الشرط الذى يلائم العقد تحت اسم الشرط الذى فيه مصلحة للعقد أو الشرط الذى تدعو إليه الحاجة.

ثم إن الفقه الشافعى يذهب إلى أن الشرط الذى لا غرض فيه ولا منفعة منه يلغو ويصح العقد.

ويتمسك الفقه الشافعى بعد ذلك بالأصل المعروف، فيمنع البيع والشرط، مادام الشرط فيه منفعة مطلوبة ولا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد. فلا يجوز أن يشترى زرعًا ويشترط على البائع أن يحصده، أو ثوبا ويشترط على البائع أن يخيطه، ولا يجوز أن يبيع دارًا بألف على أن يقرضه

المشترى قرضًا بمائة. ولا يجوز للعاقد أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، فلا يجوز للراهن أن يشترط على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة أصلاً أو ألا يبيعها حتى يمضى شهر من وقت حلول الدين، أو أن يكون المرتهن أسوة الغرماء، أو أن يضمن المرتهن هلاك العين كلها ولا يقتصر على ضمان ما زاد من قيمتها على الدين، ولا يجوز أن يشترط أحد الشركاء أن يكون له نصيب في الربح دون خسارة، أو أن يكون له مبلغ معين من الربح فقد تربح الشركة أكثر من هذا المبلغ أو قد لا تربح شيئًا، ولا يجوز أن يشترط رب المال في القراض أن يكون رأس المال في يده، أو أن يشترك مع العامل في التجارة، أو أن تكون يد العامل يد ضمان.

جاء في المهذب [٧٠]: "فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التى تنافي مقتضى البيع بأن باع عبدًا بشرط أن لا يبيعه.. أو باع دارًا بشرط أن يسكنها مدة.. بطل البيع.. لأنه شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد.

ويمنع الفقه الشافعى البيعتين في بيعة، ويتأول الحديث الوارد في النهى عن ذلك على وجهين لا يجيز أيا منهما، فلا يصح أن يشترى بألف نقدًا أو بألفين نسيئة، كما لا يصح أن يبيع العبد بألف على أن يبيع منه المشترى أو أجنبى الدار بألفين.

جاء في نيل الأوطار "فسره سماك بما رواه المصنف[٧١]عن احمد عنه وقد وافقه على مثل ذلك الشافعى فقال بأن يقول بعتك بألف نقدًا أو ألفين إلى سنة [٧٢] فخذ أيهما شئت أنت وشئت أنا [٧٣]... وقد فسر ذلك الشافعى بتفسير آخر فقال: هو أن يقول بعتك ذا العبد بألف على أن تبيعنى دارك بكذا أى إذا وجب لك عندى وجب لى عندك.. "[٧٤].

ويبدو أن الشرط الذى فيه منفعة مطلوبة دون أن يقتضيه العقد أو يلائم مقتضى العقد يُبْطل في مذهب الشافعى المعاوضات والتبرعات على السواء.

ويتبين مما تقدم أن مذهب الشافعى اقترب على نحو يكاد يضاهى فيه المذهب الحنفي.

ثالثاً: الشرط في المذهب المالكى:

إن الأصل عند مالك في الشرط أن يكون صحيحًا ويصح معه العقد، وقد يقع الشرط فاسدًا على سبيل الاستثناء.

والشرط الصحيح في مذهب مالك أوسع بكثير من الشرط الصحيح في مذهب أبى حنيفة:

أ- فكل شرط يقتضيه العقد صحيح، وفي هذا يتفق المذهبان، فيصح الشرط والعقد إذا اشترط البائع أن يدفع المشترى الثمن، أو اشترط المشترى أن يسلم البائع المبيع أو أن يضمن العيب، أو اشتراط الدائن المرتهن أن يكون له الحق في بيع العين المرهونة إذا لم يستوف الدين أو يكون مقدما على سائر الغرماء، أو اشترطت الزوجة أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها.

ب- ولا يصح فحسب، في مذهب مالك، كل شرط يقتضيه العقد، بل يصح أيضًا كل شرط لا يناقض مقتضى العقد. وفي هذا يتسع مذهب مالك عن مذهب أبى حنيفة، إذ يحل في حكم الصحة عند مالك الشرط الذى يلائم العقد والشرط الذى جرى به التعامل وهما صحيحان في مذهب أبى حنيفة، ويدخل أيضًا الشرط الذى فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد، ومثل هذا

الشرط يفتح الباب واسعًا للتعامل، وهو كما رأينا صحيح عند مالك فاسد عند أبى حنيفة.

فيصح في المذهبين أن يشترط البائع على المشترى تقديم رهن أو كفيل، وهذا شرط يلائم مقتضى العقد ولا يقتصر على عدم مناقضته(٧٥).

(ويصح في مذهب مالك دون مذهب أبى حنيفة)

١- أن يشترط البائع على المشترى أن يعتق العبد المبيع، أو يقف الأرض المبيعة، أو يبنى فيها مسجدًا، أو غير ذلك مما يتضمن إيقاع معنى في المبيع هو من معانى البر.

٢- أن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطى الثمن المؤجل وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع.

٣- أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة معقولة، أو الدابة ويشترط ركوبها ثلاثة أيام أو الوصول بها إلى مكان قريب، أو الثوب ويشترط عليه المشترى أن يخيطه، أو الحنطة ويشترط عليه أن يطحنها، وغير ذلك من الشروط التى فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين(٧٦).

ولا يكون الشرط فاسدًا عند مالك إلا في موضعين:

أ- إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد، كما إذا اشترط البائع على المشترى ألا يتصرف في المبيع، أو اشترط الزوج على الزوجة ألا ينفق عليها أو ألا ترثه أو اشترط بائع الرقيق على مشتريه أنه إذا أعتقه كان الولاء للبائع. وسبب فساد الشرط هنا واضح، فإن العقد لا يسلم مع وجود الشرط مادام الشرط يناقض مقتضاه، أو هو شرط "لا يتم معه المقصود من العقد ".

ب- إذا كان الشرط يخل بالثمن، وذلك كبيع وسلف أى بيع يتضمن قرضًا، وكبيع الثنيا وصورته أن يبتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له[٧٧] وكبيع يشترط البائع فيه أنه إذا باع المشترى السلعة فهو أحق بها بالثمن الذى باع به للمشترى. وسبب فساد الشرط هنا أنه اشترط لمصلحة البائع أو المشترى وقد روعى فيه نقص الثمن بقدر غير معلوم إذا كان لمصلحة البائع كما في بيع الثنيا، أو زيادة الثمن بقدر غير معلوم إذا كان الشرط لمصلحة المشترى كما في بيع وقرض للمشترى من البائع، وفي الحالتين تلحق الجهالة بالثمن.

والشرط الفاسد يبطل في جميع الأحوال، ولا يعمل به. أما أثره في العقد:

١- فتارة يبطل العقد.

٢- وطورا يبطل الشرط وحده ويبقى العقد.

٣- وثالثة يبطل الشرط والعقد معا إلا إذا تنازل المشترط عن الشرط فيسقط الشرط ويبقى العقد.

١- أما أن الشرط الفاسد يبطل العقد فيقع ذلك عادة إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد، بحيث إذا أعمل الشرط كان لابد للعقد حتما من أن يختل. فيبطل كل من الشرط والعقد إذا اشترط الواهب ألا يقبض الموهوب له الهبة، أو اشترط المقرض أن يرد له المقترض أحسن مما اقترض، أو اشترط الراهن أن يستبقى الرهن تحت يده أو أنه يخرج من الرهن بعد مدة معلومة أو أن الرهن لا يباع، أو اشترط رب المال في القراض أن يستبقى المال تحت يده أو أن يضمنه العامل أو أن يجعل مع العامل أمينا،

أو يشترط الزوج ألا ينفق على الزوجة أو ألا ترثه، أو تشترط الزوجة أنها بالخيار إلى مدة معلومة أو أن الزوج إذا لم يأت بالمهر في مدة معلومة فلا زواج.

٢- وأما أن الشرط الفاسد يبطل هو وحده ويبقى العقد، فيبدوا أن ذلك يقع إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يختل إذا أعمل الشرط. فما دام العقد لا يختل بالشرط أو بدونه فإنه يبقى، أما الشرط فيسقط، لأنه شرط فاسد يناقض مقتضى العقد، فهو أقرب إلى أن يكون مخالفاً للنظام العام في لغة القانون. فيبطل الشرط ويبقى العقد إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يطلقها أو ألا ينقلها من بلدها أو من دارها، أو اشترط رب الوديعة على حافظها أن يضمن هلاكها.

٣- وأما أن الشرط الفاسد يبطل هو والعقد معا إلا إذا تنازل عنه المشترط فيسقط ويبقى العقد، فإن ذلك يتحقق في حالة ما إذا كان الشرط يخل بالثمن كما رأينا في البيع والسلف وبيع الثنيا والبيع مع اشتراط البائع أنه أحق بالبيع إذا باعه المشترى. ويتحقق ذلك أيضًا فيما إذا كان الشرط يناقض مقتضى العقد عن طريق إيقاعه معنى في البيع ليس من معانى البر، وذلك كأن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه، وهذا إذا عمم أو استثنى قليلاً كقوله: على ألا تبيعه جملة أو لا تبيعه إلا من فلان وأما إذا خصص ناسا قليلاً فيجوز الشرط ويصبح البيع(٧٨).

ويتبين مما سبق أن مذهب مالك اقترب بشدة نحو الإباحة. فالمذهب المالكى – خلافًا للمذهبين الحنفي والشافعى – يجيز الشرط الذى فيه منفعة مطلوبة فيتخطى بهذه الإباحة مبدأ وحدة الصفقة.

ثم إن الشرط الفاسد عند مالك لا يجاوز في اكثر صوره منطقة معقولة، وهذا واضح في الشرط الفاسد الذى يبطل العقد والشرط الفاسد الذى يبطل وحده ويبقى العقد. (٧٩)

أما الشرط الفاسد الذى يبطل ويبطل العقد معه إلا إذا نزل عنه المشترط فهو في إحدى صورتيه، وهى صورة المنع من التصرف في البيع، لا يجاوز أيضًا حدودًا معتدلة، إذ الشرط يصح إذا قيد بقيود معقولة كما إذا نهى البائع المشترى عن التصرف لناس قليلين وترك باب التصرف مفتوحًا لأكثر الناس، ويصح كذلك إذا كان له مسوغ مشروع كما إذا اشترط البائع ألا يتصرف المشترى في المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل وكما إذا كان المنع من التصرف يتضمن إيقاع معنى في البيع هو من معانى البر.

رابعًا: الشرط في المذهب الحنبلى:

الحنابلة، كالمالكية، الأصل عندهم في الشرط أن يكون صحيحًا ويصح معه العقد، بل هم يسيرون في هذا الأصل إلى مدى أبعد من المالكية في تصحيح الشروط، ويقع الشرط عند الحنابلة فاسدا، على سبيل الاستثناء، إذا كان ينافي مقتضى العقد، أو كان قد ورد بالنهى عنه نص خاص.

وفيما يلى البيان:

الأصل: في مذهب الحنابلة، كما قدمنا هو ان يكون الشرط صحيحًا. ونساير صاحب المغنى في الترتيب الذى جرى عليه في استعراض الشروط:

أ- فكل شرط يقتضيه العقد صحيح. فيصح اشتراط المشترى التسليم على البائع، والتقابض في الحال، ويصح لكل من المتعاقدين أن يشترط خيار

المجلس فكل هذه الشروط يقتضيها العقد، وهى معمول بها حتى لو لم تشترط.

ب- ويصح أيضًا كل شرط يلائم العقد ويكون من مصلحته فتتعلق به مصلحة المتعاقدين كالرهن والضمين والشهادة.

ج- ويصح أخيرًا الشرط الذى ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولكنه لا ينافي مقتضى العقد. وهنا نلحظ المدى البعيد من التطور الذى سار فيه المذهب الحنبلى كما لحظنا ذلك في مذهب مالك، والشرط صحيح حتى لو تضمن منفعة مطلوبة(٨٠)، ثم إنه لا حاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به(٨١).

ومن ثم نرى المذهب الحنبلى، خلافا لمذهبى أبى حنيفة والشافعى يصحح اكثر الشروط التى فيها منفعة لأحد المتعاقدين كما يصححها المذهب المالكى. ونورد ما جاء في هذا الصدد في الشرح الكبير على المقنع: "والثالث ان يشترط نفعا معلوما في المبيع كسكنى الدار شهرًا، أو يشترط المشترى نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع دارًا ويستثنى سكناها سنة، أو دابة ويشترط ظهرها إلى مكان معلوم، أو عبدًا ويستثنى خدمته مدة معلومة، نص عليه احمد، وهو قول الأوزاعى وأبى ثور وإسحاق وابن المنذر. وقال الشافعي وأصحاب الرأى لا يصح، لأنه روى أن النبى ﷺ نهى عن بيع وشرط. . ولنا ما روى جابر أنه باع النبى ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة. .ولم يصح نهى النبى ﷺ عن بيع وشرط، وإنما نهى عن شرطين في بيع فمفهومه إباحة الشرط الواحد. ..ويصح أن يشترط المشترى نفع البائع في المبيع، مثل أن يشترى ثوبًا ويشترط على بائعه

خياطته قميصًا، أو بغلة ويشترط حذوها نعلا، أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم "[٨٢].

ويتوسع المذهب الحنبلى في إباحة الشروط في عقد الزواج بوجه خاص، ويفوق في ذلك سائر المذاهب وفيها مذهب مالك نفسه. فيجوز في الزواج من الشروط ما يكون فيه للزوجين منفعة مقصودة ما دامت لا تعارض الشرع ولا تنافي المقصود من عقد الزواج[٨٣]، ويقول ابن تيمية في ذلك: "ويجوز احمد أيضا في النكاح عامة الشروط التى للمشترط فيها غرض صحيح، لما في الصحيحين عن النبى ﷺ أنه قال: إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج "فلا يقتصر مذهب احمد على أن يكون لكل من الزوجين أن يشترط في الآخر صفة يصح قصدها، فيشترط الزوج في زوجته البكارة أو الجمال مثلا، وتشترط الزوجة في زوجها المال أو حرفة معينة أو موردًا معينًا من العيش. ويكون للمشترط أن يفسخ الزواج إذا فلت عليه ما اشترطه، ولا فرق في هذا أن يكون المشترط هو الرجل أو المرأة، وهذا هو أصح روايتى احمد، وأصح وجهى أصحاب الشافعى وظاهر مذهب مالك. بل يجوز أيضًا في مذهب احمد أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو من دارها، أو لا يتسرى، أو ألا يتزوج عليها. فإن لم يف لها بشرطها كان لها أن تفسخ الزواج [٨٤].

ولا يكون الشرط فاسدًا عند الحنابلة إلا في موضعين:

أ- إذا كان الشرط ينافي مقتضى العقد. مثل ذلك أن يشترط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه، أو يشترط عليه إن اعتقه أن يكون الولاء للبائع. فهذه الشروط كلها تنافي مقتضى العقد، إذ مقتضى العقد حرية المشترى في التصرف في المبيع بعد ان صار ملكه، يبيعه أو لا يبيعه ويهبه أو لا يهبه.

ومن الشروط التى تنافي مقتضى العقد عند الحنابلة ان يشترط المشترى إن أغضبه غاضب إن يرجع على البائع بالثمن. ومنها ان يشترط البائع ان يكون أحق بالمبيع بثمنه إن باعه المشترى، لأنه يكون بذلك قد اشترط ألا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو اشترط ألا يبيعه إلا من فلان، وهذا يقيد حرية المشترى في التصرف فيتنافي مقتضى العقد[٨٥].

ومن الشروط التى تنافي مقتضى العقد أيضًا: "وإذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن على خمسمائة فباعه بهذا الشرط، فالبيع فاسد لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشترى، فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح، لأنه لا يملك المبيع والثمن على غيره. [٨٦]

ولما كان الشرط الذى ينافي مقتضى العقد فاسدًا، فإنه يبطل ولا يعمل به. أما حكم العقد الذى اقترن به الشرط ففيه روايتان: الأولى أن العقد صحيح، وهذا هو المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الخرقى، فيسقط الشرط ويبقى العقد.

والرواية الثانية ان الشرط الفاسد يبطل البيع.. لأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه، والمشترى كذلك إذا كان الشرط منه، فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضى[٨٧].

ونرى مما تقدم ان المذهب الحنبلى والمذهب المالكى لا يختلفان كثيرًا في الشرط الذى ينافي مقتضى العقد ففي كلا المذهبين الشرط فاسد. ولكن مذهب مالك يتدرج في ترتيب الجزاء على هذا الشرط الفاسد، فتارة يبطل الشرط والعقد معا، وطورا يبطل الشرط ويستبقى العقد صحيحًا، وثالثة

يبطل الشرط والعقد معا إلا إذا تنازل المشترط عن شرطه فيسقط الشرط ويبقى العقد.

ب- ويكون الشرط فاسدًا أيضًا إذا ورد في النهى عنه نص خاص. وقد نهى النبى ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وسلف، وقال عليه الصلاة والسلام: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك) فهناك إذن نص خاص في النهى عن الجمع بين شرطين في العقد، وفي النهى عن الجمع بين بيع وسلف.

أما الجمع بين شرطين في العقد فممنوع في مذهب احمد كما قدمنا. والشرطان المنهى عنهما هما الشرطان اللذان فيهما منفعة لأحد المتعاقدين دون أن يقتضيهما العقد أو يلائماه، ولو انفرد اى منهما كان صحيحًا. مثل ذلك من اشترى ثوبًا واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعامًا واشترط طحنه وحمله، فاجتماع الشرطين في العقد يبطل الكل: الشرطان باطلان والعقد باطل. أما أن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مما يلائم العقد، مثل أن يبيعه بشرط الرهن أو الضمين وبشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن، فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر.

وأما الجمع بين بيع وسلف فممنوع أيضًا. ومعناه في مذهب احمد أن يشترط أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر عقدًا ثانيًا مستقلاً في مقابل العقد الأول، وليس معناه مجرد اجتماع صفقتين في عقد واحد[٨٨]. وقد جاء في المغنى[٨٩]: (والثانى أن يشترط عقدًا في عقد، نحو أن يبيعه شيئًا بشرط أن يبيعه شيئًا آخر أو يشترى منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره. فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، سواء اشترطه البائع أو المشترى، ثم جاء قوله[٩٠]: ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه، أو شرط

المشترى ذلك عليه، فهو محرم والبيع باطل. وهذا مذهب مالك والشافعى ولا أعلم فيه خلافا إلا أن مالكا قال: أن ترك مشترط السلف صح البيع، ولنا ما روى عبدالله بن عمرو أن النبى ﷺ نهى عن ربح ما لم يُضْمَن وعن بيع ما لم يُقْبَض وعن بيعتين في بيعة وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف "أهـ (٩١).

ويستكمل ابن تيمية تصور الحنابلة لقضية الشروط، فيقرر كما ألمحنا سابقًا إلى أن الأصل في العقود والشروط، الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحًا للشروط من مذهب احمد.

بل يستخلص ابن تيمية أن الأصل في الشرط أن يكون صحيحًا ويصح معه العقد سواء كان ذلك في المعاوضات أو في التبرعات، فيجوز أن يشترط البائع منفعة المبيع أو يجوز لمن اعتق عبدًا أن يشترط عليه أن يخدمه طول حياته، بل يجوز للواقف أن يشترط لنفسه منفعة ما يقفه مدة معينة أو طول حياته وفي ذلك يقول "يجوز لكل من أخرج عينا عن ملكه بمعاوضة كالبيع أو تبرع كالوقف أن يستثنى بعض منافعه "(٩٢).

والشرط الفاسد عنده يأتى على سبيل الاستثناء وفي موضعين:

أ- إذا كان الشرط ينافي المقصود من العقد كاشتراط البائع على المشترى ألا يبيع ما اشتراه أو يؤجره ؛ذلك أن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره، ثم شرط العاقد فيه ما ينافي هذا المقصود فقد جمع بين المتناقضين فمثل هذا الشرط باطل.

ب- الشرط الذى يناقض الشرع فيحل الحرام، ويبدو أن ابن تيمية حاول

التمييز بين منطقة الحرام والمباح، فالشرط في منطقة الحرام لا يجعله حلالاً وفي منطقة المباح فيصح الشرط. (٩٣)

مقارنة بين المذاهب الأربعة في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد

أولاً: من الناحية الإجمالية:

المذاهب الأربعة من ناحية تصحيح الشروط المقترنة بالعقد يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين.

أ- قسم يضيق في تصحيح الشروط، فلا يبيح إلا شرطًا اقتضاه العقد أو لاءم العقد أو جرى به التعامل وهما: الحنفي والشافعى.

ب- قسم توسع في تصحيح الشروط، فيبيح الشروط ما لم تكن منافية لمقتضى العقد أو مناقضة للشرع وهما: المالكى والحنبلى.

ثانيًا: من الناحية التفصيلية:

إن المذهبين الحنفي والشافعى يبيحان جميعا الشرط الذى يقتضيه العقد ويبيحان كذلك الشرط الذى يلائم العقد، إلا ان المذهب الحنفي يبيحه استثناء على سبيل الاستحسان ومذهب الشافعى يبيحه أصلاً لا استثناء.

ثم يتميز المذهب الحنفي على مذهب الشافعى بإفساحه المجال للشرط الذى جرى به التعامل، ويبيحه استحسانًا كذلك، فيدخل العرف من هذا الباب عنصرًا مرنا يطور الفقه الإسلامى. أما المذهب الشافعى فلا تكاد تلمح فيه باب جريان التعامل مفتوحًا، إنما يتحدث المذهب عن شرط تدعو إليه الحاجة فهو شرط لمصلحة العقد، ويمزج بينه وبين الشرط الذى يلائم العقد. ولكن مذهب الشافعى، من جهة أخرى، يصحح شروطًا لا يصححها المذهب الحنفى، ومن ذلك ما يشترط الزوج في زوجته من بكارة أو جمال أو غير ذلك، وما تشترط الزوجة في زوجها من مال أو حرفة أو مورد للعيش.

أما المذهبان المالكى والحنبلى فيصدران جميعًا عن مبدأ واحد، هو ان الأصل في الشروط الصحة، والفساد هو الاستثناء. وقد يزيد المذهب الحنبلى على المذهب المالكى في تصحيح الشروط، كما أشار إلى ذلك ابن تيمية حين قال: "وأصول احمد رضى الله عنه المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن احمد أكثر تصحيحًا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحًا للشروط منه "[٩٤]. فيجوز في مذهب احمد مثلا ان تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو من دارها، أو لا يتسرى أو ألا يتزوج عليها، فإن لم يف لها بشرطها كان لها ان تفسخ الزواج. وهذه الشروط غير جائزة في مذهب مالك.

ولكن التميز الحقيقى للمذهب الحنبلى على المذهب المالكى ليس في الشروط الصحيحة، وإنما في الشروط الفاسدة خاصة بعد تجديد ابن تيمية، فإننا نراه يتقدم تقدمًا كبيرا في التطور، ويضيق من منطقة الشروط الفاسدة، فلا يكون الشرط فاسدا إلا إذا كان منافيا لمقتضى العقد،أو إلا إذا كان مناقضًا للشرع [٩٥].

- **المبحث الثالث: في الشرط الجزائي:**

ويمكننا على ضوء ما تقدم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيح وفاسد أن ننظر أو نتساءل هل الشرط الجزائي من الشروط الصحيحة في العقود أم من الفاسدة وفي حال القول بفساده هل ينحصر الفساد فيه أم يتعداه إلى العقد نفسه فيبطل ببطلانه.

لقد ذكر أهل العلم رحمهم الله أن الشروط في العقود قسمان: صحيح وفاسد أما الصحيح فثلاثة أنواع: أحدها شرط يقتضيه العقد كالتقابض وحلول

الثمن، ويظهر أن الشرط الجزائى ليس من هذا النوع لإمكان تحقق العقد بدونه.

الثانى: شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الضمين به أو صفة في المثمن ككون العبد خصيا أو مسلما والأمة بكرا، وحكمه أنه صحيح وان المشروط عليه ان وفي بالشرط لزم البيع وإن لم يف به فإن تعذر الوفاء تعين الأرش لصاحب الشرط، وان لم يتعذر الوفاء به ففيه وجهان، **الأول:** ان صاحب الشرط مخير بين الفسخ والأرش **والثانى:** أنه ليس له إلا الفسخ.

وعلى هذا يمكن ان يقال: ان الشرط الجزائى من مصلحة العقد، لأنه حافز لمن شرط عليه أن ينجز لصاحب الشرط حقه ومساعد له على الوفاء بشرطه، فكان شبيها باشتراط الرهن والكفيل في الوفاء لصاحب الشرط بشرطه، وإذن يصح الشرط، ويلزم الوفاء به، فإن لم يف وتعذر استدراك ما فات تعين لمن اشترط شرطا جزائيًا الأرش، وقد اتفق عليه عند العقد بتراضيهما، وان لم يتعذر الاستدراك فلصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد والأرش مع بقائه.

الثالث: شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته وليس منافيا لمقتضاه كاشتراط البائع سكنى الدار شهرًا أو اشتراط المشترى خياطة الثوب وفي حكمه خلاف: قيل يصح وقيل لا يصح ويظهر ان الشرط الجزائى ليس من هذا النوع من الشروط فهو مرتبط بالعقد حيث إنه تقدير للضرر المتوقع حصوله في حالة عدم الوفاء بالالتزام.

وأما الفاسدة فثلاثة أنواع:

أحدها: ان يشترط أحد طرفي العقد على الطرف الثاني عقدًا آخر كبيع أو إجارة أو نحو ذلك فهذا الشرط غير صحيح، وهل يبطل العقد لبطلان الشرط أم يصح العقد ويبطل الشرط، قولان لأهل العلم أشهرهما القول: ببطلان العقد لبطلان الشرط لكونه من قبيل بيعتين في بيعة، المنهى عنها، وفي القول بصحة العقد وبطلان الشرط رواية عن الإمام احمد.

ويمكن أن يقال: بأن الشرط الجزائي من هذه الشروط الفاسدة المترتب على فسادها على المشهور لدى بعض أهل العلم فساد العقود المشتملة عليها.

وتوجيه ذلك ان الشرط الجزائي يعتبر عقد معاوضة مغايرا للعقد الأصلي فهو من مسائل بيعتين المنهى عنها.

ويمكن أن يرد هذا بأن الشرط الجزائي ليس مستقلاً عن العقد الأصلي وإنما هو من قبيل الاحتياط في إكماله بالوفاء بالشرط أو التعويض عما يترتب على الإخلال به من ضرر فليس من قبيل بعتك على ان تقرضني أو تزوجني أو تؤجرني لأن كل واحد من هذه العقود يمكن ان يقع مستقلاً عن العقد الأصلي بخلاف الشرط الجزائي فإنه لا يقع مستقلاً.

الثاني: من الشروط الفاسدة: شرط ينافي مقتضى العقد كأن يشترط في المبيع أن لا خسارة عليه أو ألا يبيع ولا يهب ولا يعتق فهذه الشروط باطلة وهل تبطل العقود المشتملة عليها قولان لأهل العلم وهما روايتان عن الإمام احمد: إحداهما لا يبطل العقد وهو المذهب اختاره في المغني وإذا ألغى الشرط لبطلانه كان لصاحبه الخيار بين الفسخ وما نقص من الثمن، وقيل ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء ولا أرش له.

ويمكن أن يقال: ان الشرط الجزائى ليس من هذا النوع من الشروط لأنه منافاة بين نفاذه وبين العقد المشتمل عليه.

الثالث من الشروط الفاسدة شرط يعلق به العقد كقوله: بعتك ان جئتني بكذا أو ان رضي فلان أو يقول الراهن ان جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك فلا يصح المبيع وهذا الشرط يمنعه وللإمام احمد رحمه الله رواية في تصحيح البيع والشرط اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله لأنه لم يخالف نصًا.

ويمكن ان يقال بان الشرط الجزائى من هذا النوع من الشروط باعتباره عقد معاوضة مستقلاً. وعلى هذا الاعتبار فهو عقد معاوضة معلق على حصول الإخلال بالتزام في العقد الأصلى فتجرى فيه أحكام هذا النوع من الشروط إلا ان القول ببطلان العقد لبطلانه لا يأتى على العقد الأصلى المشتمل عليه لأن تحقق العقد الأصلى ليس مرهونًا بوجود الشرط وإنما يعتبر الشرط الجزائى عقد معاوضة مستقلاً معلقًا نفاذه على الإخلال بالعقد الأصلى ذلك لأن النص في عقد المقاولة مثلاً بعبارة: ان تأخر إكمالك العمل عن شهر كذا فعليك عن كل شهر تتأخر مبلغ كذا. يعتبر عقدًا يشبه في الجملة عقد الرهن المتضمن قول الراهن: ان جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك.

ويمكن أن يرد على هذا بان الشرط الجزائى ليس مستقلاً عن العقد الأصلى وإنما هو من قبيل الاحتياط في إكماله بالوفاء بالشرط أو التعويض عما يترتب على الإخلال به من ضرر فليس من قبيل بعتك على ان تقرضنى أو تؤجرنى أو تزوجنى لأن كل واحد من هذه العقود يمكن ان يقع مستقلاً عن العقد الأصلى بخلاف الشرط الجزائى فإنه لا يقع مستقلاً.

ونذكر جملة من العقود التى اقترن بها شرط، وكان ذلك مثار خلاف بين أئمة الفقهاء.

أ- بيع العربون وهو: ان يشترى السلعة ويدفع إلى البائع مبلغاً من المال على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فهو للبائع.

وقد بحث علماء المذاهب الإسلامية المعتبرة هذا النوع من البيوع واختلفوا فيه على قولين: فذهب الإمام احمد رحمه الله إلى القول بتصحيحه. قال أبو محمد ابن قدامة رحمه الله: والعربون في البيع هو ان يشترى السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فذلك للبائع. قال احمد لا بأس به وفعله عمر رضى الله عنه، وعن ابن عمر أنه أجازه وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً، وقال احمد هذا في معناه.

وقول بأنه لا يصح وهو قول مالك والشافعى والأحناف، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن لأن النبى ﷺ نهى عن بيع العربون ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبى، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال: ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما وهذا هو القياس وإنما صار احمد فيه إلى ما روى فيه عن نافع بن عبدالحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضى عمر وإلا فله كذا وكذا قال الأثرم: قلت لأحمد تذهب إليه قال أى شئ أقول ؟ هذا عمر رضى الله عنه، وضعف الحديث المروى[٩٦].

فأما أن دفع إليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيرى وان لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن صح لأن البيع خلا عن الشرط المفسد، ويحتمل ان الشراء الذى اشترى لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس، والأئمة القائلين بفساد العربون وان لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لأنه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء، ولأن الانتظار بالمبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب ان يكون معلوم المقدار كما في الإجارة.

وقد لخص الدكتور السنهورى أدلة القولين ورد أدلة القائلين ببطلان بيع العربون فقال بعد إيراده ما ذكر ابن قدامة رحمه الله ما نصه(٩٧).

ان الذين يقولون ببطلان بيع العربون يستندون في ذلك إلى حديث النبى ﷺ الذى نهى عن بيع العربون ولأن العربون اشترط للبائع بغير عوض، وهذا شرط فاسد ولأنه بمنزلة الخيار المجهول إذا اشترط المشترى خيار الرجوع في البيع من غير ذكر مدة كما يقول: ولى الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم.

ان احمد يجيز بيع العربون ويستند في ذلك إلى الخبر المروى عن عمر وضعف الحديث المروى في النهى عن بيع العربون والى القياس على صورة متفق على صحتها هى: أنه لا بأس إذا كره المشترى السلعة أن يردها ويرد معها شيئًا. قال احمد: هذا في معناه.

ونرى أنه يستطاع الرد على بقية حجج من يقولون ببطلان بيع العربون – فالعربون لم يشترط للبائع بغير عوض إذ العوض هو الانتظار بالمبيع وتوقيف السلعة حتى يختار المشترى وتفويت فرصة البيع من شخص آخر لمدة معلومة، وليس بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول إذ المشترى إنما يشترط خيار الرجوع في البيع مع ذكر مدة معلومة ان لم يرجع فيها مضت الصفقة وانقطع الخيار. أهـ .

ويمكن ان يقال: بأن الشرط الجزائي يشبه بيع العربون في أن كلا منهما شرط يوجب على من أخل بالشرط عقوبة مالية يجرى تعيينها قبل حصول ذلك.

ونوقشت المقارنة والترجيح بما يأتي:

أولاً: في سند الأثر الذى فيه شراء نافع من صفوان دار السجن – عبدالرحمن بن فروخ السعد مولى عمر، وهو مجهول العين لأنه لم يرو عنه إلا عمرو بن دينار ولذا ترك مسلم الرواية عنه في صحيحه، ولم يرو عنه البخارى إلا في التعليقات

ثانيًا: هذا الأثر يحتمل متنه أن يكون عقد الشراء قد أبرم فعلا بين نافع وصفوان، ويحتمل ان يكون مجرد وعد من نافع لصفوان بالشراء، ثم كان العقد بعد العرض على عمر ورضاه.

ثالثًا: دعوى الاتفاق على ما قاله ابن سيرين من أنه لا بأس إذا كره السلعة ان يردها ويرد معها شيئًا تحتاج إلى إثبات حتى يتأتى قياس بيع العربون عليه، وإلا فمجرد قول ابن سيرين ليس بأصل يرجع إليه في الاستدلال، والإمام احمد ليس بمجتهد مذهب حتى يقال ان هذا من باب

التخريج على مسألة في المذهب بل هو مجتهد مطلق يرجع في اجتهاده إلى الأصول الشرعية.

رابعًا: ذكر الأستاذ السنهورى ان العربون عوض عن انتظار البائع أو عن تفويت فرصة البيع عليه، فهل الانتظار أو تفويت الفرصة مما يقوم بمال حتى يستحق البائع العربون عوضا عنه هذا محل نظر، فالمخالف لا يوافقه على ذلك كما مر في النقل عن ابن قدامة رحمه الله.

خامسًا: لم يذكر في تعريف بيع العربون تعيين مدة، فكان شبهة بالخيار المجهول ثابتًا.

ب- مسألة ما إذا أعطى الرجل الخياط ثوبه فقال له: إن خطته اليوم فبعشرة أو خطته غدا فبتسعة، فهذه المسألة بحثها الفقهاء رحمهم الله ومنهم المرداوى الحنبلى فقال ما نصه: قوله: وإن قال إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فهل يصح على روايتين. وأطلقهما في الهداية والمغنى والشرح والحاوى الصغير إحداهما لا يصح وهو المذهب والرواية الثانية يصح وقدمه في الرعايتين. أهـ[٩٨].

ج- مسألة ما إذا أكرى لأحد الناس دابة فقال: ان رددتها اليوم فكراؤها خمسة وان رددتها غدا فكراؤها عشرة. فقال احمد في رواية عبدالله: لا بأس به قال في الفائق صح في أصح الروايتين وجزم في الوجيز وقدمه في الرعايتين والحاوى الصغير. [٩٩]

فعلى رأى القائلين بصحة العقد في المسألتين - ب، ج - يكونون قد صححوا اقتطاع جزء من كامل الأجرة جزاء التأخير وهذا يشبهه الشرط الجزائى من حيث ان كلا منهما يوجب على المتسبب في الإخلال بالاتفاق غرامة مالية يجرى تقديرها سلفًا في مبدأ العقد.

وقد يرد على ذلك بان العقد في كلتا الصورتين ليس مشتملاً على شرط التنجيز بخياطة الثوب أو رد الدابة وإنما هو عقد تخييرى لحالين، اى حـال منهما يقع عليها الاختيار يتعين العقد بموجبها، وعليه فليس فيه اقتطاع جزء من كامل الأجرة.

د- المسألة التى حكم فيها القاضى شريح والتى سبق ذكرها في أول البحث ونصها: روى البخارى في صحيحه بسنده عن ابن سيرين ان رجلاً قال لكريه: أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح من شرط على نفسه طائعًا غير مكروه فهو عليه. أهـ.

فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية.

ويمكن ان يقال: بتصحيح الشرط الجزائى بناء على اعتباره عقوبة مالية في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث أن الإخلال به مظنة الضرر وتفويت المنافع ولأن في تصحيحه ووجوب الوفاء به سدا لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسببًا من أسباب الحفز على الوفاء بالوعود والعهود تحقيقًا لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ".

هذا ومن الجدير بالذكر أن ما ذكر من احتمالات في تطبيق الضوابط وفي الإلحاق بالنظائر على أوسع المذاهب في ذلك، وأقربها إلى قوة الدليل، فإن سلم ذلك وظهر الحكم فالحمد لله، إلا فالشرط الجزائى أبعد عن الحكم فيه بالجواز إذا طبقت عليه ضوابط الشروط الصحيحة والفاسدة في المذاهب الفقهية الأخرى كالمذهب الحنفي والشافعى، اللهم إلا أن ينظر إلى ما نقل عن الحنفية من اعتبار ما جرى به التعامل وتعارفه الناس في معاملاتهم وكان غير مناقض لمقتضى العقد، فبهذا يمكن ان يقال: ان الشرط الجزائى يتسع له هذا الضابط، فيعد من الشروط الصحيحة.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

• **خاتمة:**

بعد استعراض المسائل التى يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائي ومناقشة توجيه قياسه على تلك المسائل والإيراد عليه وتأمل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وما روى عنه ﷺ من قوله: (المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً)"ولقول عمر رضى الله عنه (مقاطع الحقوق عند الشروط) والاعتماد على القول الصحيح: من أن الأصل في الشروط الصحة وأنه لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصًا أو قياسًا.

واستعراض ما ذكره أهل العلم من تقسيم الشروط في العقود إلى صحيحة وفاسدة وتقسيم الصحيحة إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: شرط يقتضيه العقد: كاشتراط التقابض وحلول الثمن.

الثانى: شرط من مصلحة العقد: كاشتراط صفة في الثمن كالتأجيل أو الرهن أو الكفيل به أو صفة في المثمن ككون الأمة بكرًا.

الثالث: شرط فيه منفعة معلومة وليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا منافيًا لمقتضاه: كاشتراط البائع سكنى الدار شهرًا.

وتقسيم الفاسدة إلى ثلاثة أنواع:

أحدها: اشتراط أحد طرفي العقد على الطرف الثانى عقدًا آخر: كبيع أو إجارة أو نحو ذلك.

الثانى: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد: كأن يشترط في المبيع ألا خسارة عليه أو ألا يبيع أو يهب ولا يعتق.

الثالث: الشرط الذى يتعلق به العقد: كقوله: بعتك ان جاء فلان.

وبتطبيق الشرط الجزائى عليها وظهور أنه من الشروط التى تعتبر من مصلحة العقد إذ هو حافز لإكمال العقد في وقته المحدود له، والاستئناس بما رواه البخارى في صحيحه.

وفضلا عن ذلك فهو في مقابلة الإخلال بالالتزام حيث أن الإخلال بـه مظنة الضرر وتفويت المنافع وفي القول: بتصحيح الشـرط الجزائـى سـد لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله، وسبب من أسباب الحفز علـى الوفاء بالعهود والعقود تحقيقًا لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بـالعقود "لذلك كله فإنى أرى ان الشرط الجزائى الذى يجرى اشتراطه فـي العقـود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هنـاك عـذر فـي الإخـلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعًا فيكون العذر مسقطًا لوجوبه حتى يـزول. وإذا كان الشرط الجزائى كثيرًا عرفًا بحيث يراد به التهديد المـالى ويكـون بعيدًا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع فـي ذلـك إلـى العـدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة. ويرجع تقـدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعى عن طريق أهل الخبرة والنظر عملاً بقوله تعالى: (وإذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل) وقولـه سـبحانه: ﴿ولا يجر منكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ وبقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار ".

وبالله التوفيق، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

• **حواشي البحث:**

(١) أخرجه البخارى ،باب ما يجوز من الاشتراط والثُنيا فى الإقرار ،والشروط التى يتعارفها الناس بينهم . انظر الفتح ٤١٧/٥ .

قال الحافظ : " وقال ابن عون " وصله سعيد بن منصور عن هشيم عنه ولفظه : أن رجلاً تكارى من آخر فقال : أخرج يوم الاثنين . فذكر نحوه .

" وقال أيوب عن ابن سيرين " وصله سعيد بن منصور أيضاً عن سفيان عن أيوب " وحاصله أن شريحاً فى المسألتين قضى على المشترط بما اشترطه على نفسه بغير إكراه ووافقه على المسألة الثانية أبو حنيفة واحمد وإسحاق وقال مالك والأكثر : يصح البيع ويبطل الشرط أهـ الفتح ٤١٨/٥ .

(٢) المدخل الفقهى العام ٧١٣- ٧١٤ ف ٣٨٦ .

(٣) الوسيط ، القسم الثانى ، نظرية الالتزام صـ ٨٥١ ف ٤٧٧ .

(٤) انظر : الوسيط ، مرجع سابق ص ٨٥٢ ف ٤٧٧.

وانظر : نظام المناقصات ص٥٢/ط ، الثامنة /٢٠٠٢

(٥) صحيح البخارى ،ك المكاتب ، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله . الفتح ٢٢٢/٥ رقم ٢٥٦ .

(٦) فتح البارى ج٥/٢٢٢ .

وانظر : ك الشروط ، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التى تخالف كتاب الله . الفتح ٤١٦/٥ .

(٧) الفتح ٢٢٣/٥ .

(٨) الحديث أخرجه البخارى فى ك الصلح ،باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود رقم ٢٦٩٧ وهو عند مسلم فى ك الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور .

انظر الفتح ٣٥٧/٥ ، شرح النووى ١٦/١٢ .

(٩) صحيح مسلم : شرح النووى ١٦/١٢ ، ك الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة .

(١٠) فتح البارى ٥/ ٣٥٧ .

(١١) القواعد التورانية ١٨٤ – ٢٢٠ بتصرف .

(١٢) انظر : البحر الرائق ج٦/٥ .

(١٣) انظر البحر الرائق لابن نجيم ج٦/٤ .

(١٤) انظر المهذب للشيرازى ١/٢٥٨ .

(١٥) انظر المهذب للشيرازى ٢/٣٩ ، ٤٦ ، ٤٧- ٥٩ .

(١٦) انظر شرح الزركشى على مختصر الخرقى ٥/١٣٩- ١٤٢ ، ٣/٤٠١ .

(١٧) أخرجه البخارى فى ك الشروط ، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة الى مكان مسمى جاز من حديث جابر بن عبدالله .

الفتح ٥/٣٧٠ رقم ٢٧١٨ . ومسلم فى ك المساقاة والمزارعة ،باب بيع البعير واستثناء ركوبه . شرح النووى١١/٣٠ ، ٣١ .

قال النووى : وهو حديث مشهور احتج به احمد ومن وافقه ..... وقال مالك يجوز ذلك إذا كانت مسافة الركوب قريبة .وقال الشافعى وأبو حنيفة وآخرون لا يجوز ذلك سواء قلت المسافة أو كثرت .... وأجابوا عن حديث جابر بأنها قضية عين تتطرق إليها الاحتمالات .قالوا ولأن النبى ﷺ أراد أن يعطيه الثمن ولم يرد حقيقة البيع أهـ ١١/٣٠

وقال ابن حجر : هكذا جزم (أى البخارى) بهذا الحكم لصحة دليله عنده أهـ ٥/٣٧١ .

(١٨) المائدة /١ .

(١٩) الإسراء / ٣٤ .

(٢٠) الأحزاب /١٥ .

(٢١) أخرجه البخارى فى ك الإيمان ، باب علامة المنافق . الفتح ١/١١١ رقم ٣٤ .

ومسلم فى ك الإيمان ،باب بيان خصال المنافق . شرح النووى ٢/٤٦ والمعنى هنا إما : أن هذه الخصال خصال نفاق وصاحبها شبيه بالمنافق فى هذه الخصال وإما نفاق العمل أو المقصود التحذير فقط .ومال النووى الى الأول.　الشرح ٢/٤٧ .

(٢٢) أخرجه البخارى فى ك الشروط ،باب الشروط فى المهر عند عقده النكاح من حديث

عقبة بن عامر به . الفتح ٣٨٠/٥ رقم ٢٧٢١ وفى ك النكاح ، باب الشروط فى النكاح رقم ٥١٥١ .

قال الحافظ : أى أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط وبابه أضيق . الفتح ١٢٥/٩ .

وهو عند مسلم فى ك النكاح ،باب الوفاء بالشروط فى النكاح بلفظ " أحق الشروط ..... الحديث " .

قال النووى : قال الشافعي وأكثر العلماء أن هذا محمول على شروط لا تنافى مقتضى النكاح بل تكون من مقتضياته ومقاصده كاشتراط العشرة بالمعروف والإنفاق عليها وكسوتها وسكناها بالمعروف ...... وأما شرط يخالف مقتضاه فلا يجب الوفاء به . مشرح النووى ٢٠٢/٩ .

(٢٣) أخرجه البخارى فى ك الإجارة ، باب إثم من منع أجر الأجير الفتح ٥٢٣/٤ رقم ٢٢٧٠ ،وفى ك البيوع ،باب إثم من باع حراً . الفتح ٤٨٧/٤ رقم ٢٢٢٧ .

(٢٤) أخرجه أبو داود من حديث أبى هريرة بقوله " الصلح جائز بين المسلمين " قال أبو داود : زاد احمد (أى ابن عبد الواحد الدمشقى) إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً . وزاد سليمان بن داود : المسلمون على شروطهم ك الأقضية ، باب فى الصلح ٢٩٨/٢ ط الحلبى / ١٩٨٣ .

وأخرجه ابن ماجة من حديث عمرو بن عوف عن أبيه فى أبواب الأحكام رقم (٢٣٧٥) باب الصلح ، والترمذى من حديث عمرو بن عوف عن أبيه فى كتاب الأحكام ، رقم ١٣٥٢ وقال : حديث حسن صحيح .

(٢٥) انظر الحديث السابق .

(٢٦) الأنعام / ١١٩ .

(٢٧) النساء /٢٩ .

(٢٨) النساء / ٤ .

(٢٩) البقرة / ٢٧٨ .

(٣٠) أخرجه أبو داود فى ك الفرائض ، باب فيمن أسلم على ميراث من حديث ابن

عباس ١٢٥/٢ . ط الحلبى وعند ابن ماجة فى أبواب الأحكام ،باب قسمة الماء ٧١/٢ رقم ٢٥١٠ من حديث ابن عباس به . وعند البيهقى فى السنن ١٢٢/٩ .

(٣١) قصة غيلان مروية عند الترمذى ٤٣٥/٣ رقم ١١٢٨ ، ك النكاح ، باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده عشر نسوة قال أبو عيسى :والعمل على حديث غيلان عند أصحابنا منهم الشافعي وأحمد وإسحاق وهو عند ابن ماجة فى ك النكاح ،باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة رقم ١٩٦١ ومسند أحمد ٤٤/٢ والحاكم ١٩٢/٢ . وقصة إسلام فيروز الديلمي ويقال ابن الديلمى ،يمانى كنانى ،من أبناء الأساورة من فارس ،وهو الذى أعان على قتل الأسود العنسى الكذاب .ذكره فى الإصابة (٧٠١٠) وفى أسد الغابة (٤٢٤٠) والحديث مخرج عند احمد ١٣٢/٤ من حديث الضحاك عن أبيه وعند الترمذى فى ك النكاح ،باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده أختان رقم ١١٢٩ وقال : حديث حسن .وهو عند ابن ماجة من حديث الضحاك فى ك النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أختان رقم ١٩٥٩ . وانظر مصنف عبدالرزاق ٧٧/٦ ، ٧٨ .

(٣٢) أخرجه البخارى من حديث عائشة وفيه قصة بريرة فى ك الشروط باب الشروط فى الولاء رقم (٢٧٢٩) وفى باب المكاتب معلقا من قول ابن عمر أو عمر وموصولاً من حديث عائشة رقم (٢٧٣٥) .
انظر الفتح ٣٨٤/٥ ، ٤١٦ .
وهو عند مسلم فى ك العتق ،باب إنماء الولاء لمن أعتق .

(٣٣) أخرجه مسلم عن أبى هريرة . انظر الجامع الصغير ٦٤/٢ رقم (٤٧٨٠) .

(٣٤) المجادلة /٢ .

(٣٥) أخرجه مسلم من حديث ابن عمر عن النبى ﷺ أنه نهى عن النذر وقال أنه لا يأتى بخير وإنما يستخرج به من البخيل وعنده بنحوه عن أبى هريرة – شرح النووى ، ك النذر ٩٦/١١ وبنحوه عند البخارى عن ابن عمر وأبى هريرة . الفتح ، ك الإيمان والنذور باب الوفاء بالنذر رقم ٦٦٩٢ ، ٦٦٩٤ .

(٣٦) أخرجه البخارى من حديث عائشة ، ك الإيمان والنذور ،باب النذر فى الطاعة . الفتح رقم ٦٦٩٦ ، احمد ٣٦/٦

(٣٧) النحل /٨٩ .

(٣٨) يوسف /١١١ .

(٣٩) الأنعام / ٣٨ .

(٤٠) لاخلابة : وردت هذه اللفظة فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رجلا ذكر لرسول الله ﷺ أنه كان يخدع فى البيوع ، فقال النبى ﷺ " من بايعت فقل : لاخلابة فكان إذا بايع قال : لاخلابة . وعند مسلم : لا خيانة وهو فى مواضع عند البخارى أولها رقم ٢١١٧ ، وعند مسلم ١٧٦/١٠ . ولهذه الكلمة قصة مروية عن محمد بن يحيى بن حبان عن جده وهى مروية فى التاريخ الكبير للبخارى ١٧/٨ والدار قطنى ٥٥/٣ والبيهقى ٢٧٣/٥ وفيها " إذا بايعت فقل لاخلابة ،ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ،فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد. ومعنى الكلمة : أى لا خديعة وهى بكسر الخاء ومنه قولهم " إذا لم تغلب فاخلب " وهو مثل مشهور ذكره الميدانى فى مجمع الأمثال ٥٦/١ بلفظ " إن لم تغلب فاخلب " .

(٤١) سنن أبى داود ، ك العتق ، باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ٣٧٧/٢ ، ٣٧٨ ط. الحلبى.

(٤٢) النحل /٤٤ .

(٤٣) النساء /٨٠ .

(٤٤) البقرة /٢٨٣ .

(٤٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٤٦) المحلى ج٧ / ص ٣١٤ .

(٤٧) النساء /٢٩ .

(٤٨) البقرة / ٢٨٠ .

(٤٩) رواه مسلم من حديث ابن عمر رضى الله عنهما فى ك البيوع باب من باع نخلاً عليها ثمر . الشرح ١٩١/١٠ وبنحوه البخارى رقم ٢٢٠٣ .

(٥٠) المحلى لابن حزم ٣١٩/٧- ٣٢١ .

(٥١) قصة بيع عثمان بن عفان وعبدالرحمن بن عوف رضى الله عنهما فى المصنف لعبد الرزاق ٤٥/٨- ٤٦ رقم ١٤٢٤٠ ،ك البيوع باب البيع على الصفة وهى غائبة. وانظر : المحلى لابن حزم ٤١٢/٨- ٤٢٠ .

(٥٢) البدائع ١٧١/٥ .

(٥٣) شرح الخرشي ٨٠/٥ .

(٥٤) المهذب ٢٦٨/١ .

(٥٥) المغنى ٢٨٥/٤ .

(٥٦) بدائع الصنائع ١٧١/٥ .

(٥٧) مواهب الجليل ٣٧٥/٤- ٣٧٦ .

(٥٨) ٣/ ٤٣٦- ٤٣٨ .

(٥٩) ٤٨/٤ .

(٦٠) المبسوط ١٣/ ١٩ .

(٦١) انظر : شرح الخرشي ٨٢/٥ ، المغنى ٢٩٠/٤.

(٦٢) البدائع ١٧٢/٥ وانظر المبسوط ١٣ / ١٤ .وعدم الجواز هو قول زفر – رحمه الله – ووجه القياس أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وأنه مفسد.

(٦٣) بدائع الصنائع ١٧٣/٥

(٦٤) بدائع الصنائع ٥/ ١٦٩ – ١٧٣ .وانظر : المبسوط ١٥/١٣-١٨.

(٦٥) نهى النبى ﷺ عن الشرط ورد فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو عند احمد ١٧٤/٢ ، ١٧٨ وأبى داود رقم ٣٥٠٤ والترمذى ٤٣١/٤ رقم ١٢٥٢ وصححه .

ونهى النبى ﷺ عن بيع وسلف فقد ورد ضمن الحديث السابق ولفظه : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ... "

وهو عند البيهقى فى السنن الكبرى ٣٤٣/٥ وابن ماجة رقم ٢١٨٨ والحاكم ١٧/٢ وصححه .

أما نهى النبى ﷺ عن بيعتين فى بيعة فهو عند الترمذى رقم ١٢٤٩/ وصححه و النسائى ٢٩٦/٧ والبيهقى ٣٤٣/٥ واحمد ٤٣٢/٢ .

وهو عند أبى داود بلفظ " من باع بيعتين فى بيعه فله أو كسهما أو الربا " ٢٧٤/٣ .

أما نهى النبى ﷺ عن صفقتين فى صفقة فهو من حديث ابن مسعود عند احمد رقم ٣٧٨٣ وصححه الشيخ شاكر وفى مجمع الزوائد : رجال احمد ثقات ٨٤/٤ ، ٨٥ . وهو موقوف على عبدالله بن مسعود عند عبدالرزاق ٤٦٣٣ وابن أبى شيبة ١٩٢/٨.

(٦٦) مرشد الحيران ، المواد ٣٢٣- ٣٢٦ .

(٦٧) المبسوط ١٣/ ١٥ .

(٦٨) بدائع الصنائع ١٧٠/٥ . وانظر : فتح القدير ٢١٥/٥- ٢١٦ .

(٦٩) المهذب للشيرازى ٢٦٨/١ .

(٧٠) المهذب للشيرازى ٢٦٨/١ .

(٧١) روى المصنف الحديث عن سماك عن عبدالرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه قال : نهى النبى ﷺ عن صفقتين فى صفقة . قال سماك : هو الرجل يبيع البيع فيقول هو بنسأ بكذا وهو بنقد بكذا وكذا . وانظر : شرح الزركشى على مختصر الخرقى ٦٦٠/٣ ، ٦٦١.

(٧٢) إلى سنة : أى نسيئة .

(٧٣) ونقل ابن الرفعة عن القاضى : أن المسألة مفروضة على أنه قَبل على الإبهام أما لو قال قبلت بألف نقداً أو بألفين بالنسيئة صح ذلك أهـ .

(٧٤) نيل الأوطار للشوكانى ١٥٢/٥ .

(٧٥) انظر : الفقه على المذاهب الأربعة ٢٣٠/٢ .

(٧٦) المرجع السابق .

(٧٧) وهذا هو بيع الوفاء وهو : أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً على أنه متى وفى الثمن استرد العقار .....وحكمه حكم الرهن فى أرجح الأقوال.

(٧٨) انظر ،بداية المجتهد ١٢١/٢ – ١٢٥ .

(٧٩) انظر : بداية المجتهد ١٢١/٢ .

(٨٠) وهو فى هذا يتخطى مبدأ وحدة الصفقة كشأن المالكية ، بل لم يصح عندهم النهى عن بيع وشرط.

(٨١) المغنى ٢٨٠/٤ وما بعدها .

(٨٢) ج٤/٤٩-٥١ . وانظر : شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/٦٥٦ -٦٥٨.
(٨٣) انظر شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥/١٣٩ - ١٤٣ .
(٨٤) الفتاوى ٣/ ٣٢٧ ، ٣٣٢ ، ٣٤٦ ،وانظر : نظرية العقد لابن تيمية أيضا صـ١٦ ، ٣٤ ، ١٥٥ ، ١٦١ ، ١٦٢.
(٨٥) الشرح الكبير على المقنع ٤/٥٥ . وقد يقال إن هذا الشرط يتضمن شرطين فيكون غير جائز أيضاً لأن البائع شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه بالثمن الأول ، فهما شرطان.
(٨٦) الشرح الكبير على المقنع ٥/٥٨ .
(٨٧) الشرح الكبير على المقنع ٤/٥٤ ، ٥٥ .
(٨٨) مجرد اجتماع صفقتين في عقد واحد جائز عندهم مثل شراء الثوب وخياطته وشراء المنزل وسكنته.
(٨٩) المغنى ٤/ ٢٨٥ .
(٩٠) المغنى ٤/٢٩٠- ٢٩١ .
(٩١) ورد أثناء استعراض الشرط في المذهب الحنبلي مجموعة من الأحاديث وهي : حديث بيع جابر الجمل للنبي ﷺ . والحديث مروى عند البخاري في مواضع ، أولها برقم ٤٤٣ ، ك الصلاة ،باب الصلاة إذا قدم من سفر وفيه إشارة إلى دين جابر على النبي ﷺ . قال الحافظ : وهذا الدين هو ثمن جمل جابر . وجاء مفصلاً في ك الشروط ، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز برقم ٢٧١٨ وفيه : " أنه كان يسير على جمل له قد أعيى ،فمر النبي ﷺ فضربه وسار سيراً ليس يسير مثله ،ثم قال " بعنيه بأوقية " فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي ... الخ وفي رواية : أفقرني ظهره إلى المدينة وفي لفظ : فبعته على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة . وهو عند مسلم ١١/٣٠ وغيره بعدة ألفاظ .
أما الحديث الثاني فهو قوله ﷺ : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ،ولا بيع ما ليس عندك وهو عند احمد ٢/١٧٤ ، ١٧٨ وأبي داود رقم ٣٥٠٤ والترمذي

٤٣١/٤ رقم ١٢٥٢ والنسائى ١٩٥/٧ وابن ماجة ٢١٨٨ والحاكم ١٧/٢ كلهم عن عمرو بن العاص وصححه الترمذى والحاكم.

(٩٢) انظر : الفتاوى ٣٤٢/٣- ٣٤٣ .

(٩٣) انظر فى هذه المعانى : الفتاوى ٣/ ٣٣٦ – ٣٣٧ ، ٣٨٩ – ٣٩٠ نظرية العقد ص ١٦ وما بعدها .

(٩٤) الفتاوى ٣٢٦/٣ .

(٩٥) انظر : الفتاوى ٣/ ٣٢٧- ٣٤٣ .

(٩٦) المغنى ج٤ صـ ٢٣٢- ٢٣٣ طبعة المنار وحديث النبى عن بيع العربون عند مالك وابن ماجة بلفظ " العُربان " وعند ابن ماجة جاء قوله : العربان ان يشترى الرجل دابة بمائة دينار فيعطه دينارين أربونا . فتقول : إن لم اشتر الدابة ،فالدينارين لك (أبواب التجارات ، بيع العربان رقم ٢٢١٠ ، ٢٢١١) .

وقال مالك باطل بغير شئ . قال ابن الأثير : قيل سمى بذلك لان فيه إعراباً لعقد البيع أى اصلاحاً وإزالة فساد لئلا يملكه غيره باشترائه . الموطأ ٦٠٩/٢ ، ك البيوع . وعنه أبو داود رقم (٣٥٠٢) . وانظر التلخيص الحبير ١٩/٣ رقم ٣١ ، باب البيوع المنى عنها ،سبل السلام ٣١/٣ ، ك البيوع .

قال ابن دقيق العيد : والحديث يدل على تحريم البيع مع العربون وبه قال جمهور العلماء وخالف فى ذلك الإمام احمد فاجازه وروى نحوه عن ابن عمر وابنه. : والعلة فى النهى عنه اشتماله على شرطين فاسدين : أحدهما شرط كون ما دفعه إليه يكون مجاناً إن اختار ترك السلعة .والثانى اشترط الرد على البائع إذا لم يقع منه الرضا بالبيع .... والأولى ما ذهب إليه الجمهور لأن حديث عمرو عن شعيب قد ورد من طرق يقوى بعضها بعضا ولأنه يتضمن الحظر وهو أرجح من الإباحة (أحكام الأحكام ١٤١/٣ . ط دار الكتب العلمية . وانظر : نيل الأوطار ٥/ ١٥٣ .

(٩٧) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى الجزء الثانى صـ ١٠١ – ١٠٢ .

(٩٨) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج٦ ص١٨ .

(٩٩) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ج٦ ص ٢٠ .

- **ثبت المصادر و المراجع:**

١- البحر الرائق لابن نجيم، دار المعرفة للطباعة، بيروت، ط٢.

٢- بدائع الصنائع لأبى بكر الكاسانى، مطبعة الإمام، القاهرة.

٣- بداية المجتهد لابن رشد، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، بدون تاريخ.

٤- سنن الترمذى، تحقيق الشيخ احمد شاكر، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان.

٥- سنن أبى داود، دار إحياء السنة النبوية، القاهرة.

٦- السنن الكبرى، للبيهقى، مجلس دائرة المعارف - حيدر آباد، الدكن بالهند، ١٣٥٥ هـ.

٧- سنن ابن ماجة مع حاشية السندى، المطبعة التازية، مصر ، ط ١.

٨- سنن النسائى، مصطفي البابى الحلبى، مصر ط١ /١٣٨٣هـ.

٩- شرح الخرشى على مختصر خليل، دار صادر، بيروت.

١٠- شرح الزركشى على مختصر الخرقى، للزركشى، مطابع العبيكان، الرياض /١٩٩١م.

١١- الشرح الكبير على المقنع مع المغنى لابن قدامة، دار الكتاب العربى، بيروت / ١٤٠٣هـ.

١٢- شرح النووى على مسلم،المطبعة المصرية ومكتبتها، القاهرة، ١٣٤٩هـ

١٣- فتح البارى شرح صحيح البخارى، المطبعة السفلية ومكتبتها، القاهرة ١٣٨٠هـ.

١٤- القواعد النورانية لابن تيمية، ضمن مجموع الفتاوى.

١٥- المبسوط للسرخسى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط١ ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

١٦- مجموع الفتاوى لابن تيمية، مطابع الرياض / ١٣٨١هـ.

١٧- المحلى لابن حزم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٨- المسند للإمام احمد بن حنبل، المطبعة الميمنية، القاهرة / ١٣١٣هـ ونسخة الشيخ احمد شاكر، دار المعارف، مصر / ١٣٦٨ هـ.

١٩- مصادر الحق في الفقه الإسلامى، للسنهورى.

٢٠- مصنف عبدالرزاق، المكتب الإسلامى، بومباى، الهند، ط٢/ ١٩٨٣م.

٢١- المغنى لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠١ هـ.

٢٢- المهذب للشيرازى، ط مصطفي البابى الحلبى / ١٣٧٩، القاهرة.

٢٣- مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، مكتبة النجاح، ليبيا.

٢٤- الوسيط للسنهورى، ط٢، ١٩٩٢م.

٢٥- نيل الأوطار للشوكانى، ط مصطفي البابى الحلبى / ١٩٧١م.

